COPYRIGHT BOARD

ANNUAL REPORT 1999-2000

101-00000

Copyright Board Canada

Commission du droit d'auteur Canada

The Honourable John Manley, P.C., M.P.
Minister of Industry
Ottawa, Ontario
K1A 0A6

Dear Mr. Minister:

I have the honour of transmitting to you for tabling in Parliament, pursuant to section 66.9 of the *Copyright Act*, the twelfth Annual Report of the Copyright Board for the financial year ending March 31, 2000.

Yours sincerely,

Stephen J. Callary
Vice-Chairman and
Chief Executive Officer

TABLE OF CONTENTS

PAGE

CHAIRMAN'S MESSAGE 5

MANDATE OF THE BOARD 6

OPERATING ENVIRONMENT 7

ORGANIZATION OF THE BOARD 10

BOARD'S ACCOMPLISHMENTS 12

- HIGHLIGHTS 12
- PUBLIC PERFORMANCE OF MUSIC 13
- RETRANSMISSION OF DISTANT SIGNALS 20
- PRIVATE COPYING 24
- UNLOCATABLE COPYRIGHT OWNERS 28
- ARBITRATION PROCEEDINGS 30
- COURT DECISIONS 31
- AGREEMENTS FILED WITH THE BOARD 32

BOARD MEMBERS AND STAFF
as of March 31, 2000

Chairman:	The Honourable Mr. Justice John H. Gomery
Vice-Chairman and Chief Executive Officer:	Stephen J. Callary
Members:	Adrian Burns
	Sylvie Charron
	Andrew E. Fenus
Secretary General:	Claude Majeau
General Counsel:	Mario Bouchard
Researcher-Analyst:	*Vacant*
Clerk of the Board:	Lise St-Cyr
Administrative Officer:	Ivy Lai
Informatics Officer:	Michel Gauthier
Members' Secretary:	Joëlle Laflamme

CHAIRMAN'S MESSAGE

The twelve month period covered by this report was one of the busiest ever for the Board. It rendered six decisions which are described in detail in the report. Four of them required long hearings, the examination and solution of complex issues of fact and law, and are of particular importance, meriting special mention:

1. On August 13, 1999, the Board's decision dealt for the first time with the issue of neighbouring rights and fixed the royalties payable by commercial radio stations to the makers and performers of sound recordings for the use of their works;

2. On October 27, 1999, the Board analysed the legal questions arising from the transmission of music over the Internet, opening the door to the possibility of a future tariff to regulate this use;

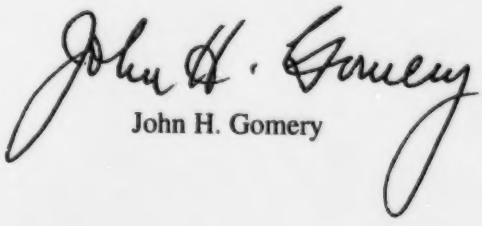
3. On December 17, 1999, it rendered a decision certifying, for the first time, a tariff which requires the payment of levies (to the Canadian Private Copying Collective) on the sale of blank audio recording media to compensate authors and composers, performers and makers of eligible sound recordings for the private copying of their works;

4. On February 25, 2000, it certified tariffs for three years covering the retransmission of distant radio and television signals by cable companies and other retransmitters.

During the same period, the Board has dealt with other matters and has heard other contested cases, some of them involving protracted hearings, which will be the subject of decisions to be rendered in the next financial year. It has also prepared itself, in preliminary hearings and by preliminary rulings, for pending cases which are scheduled to come before it in the months to come.

The Board has created a Web site (www.cb-cda.gc.ca) from which interested persons may learn of all proposed and certified tariffs, obtain the full text of the *Copyright Act and Regulations*, and other information concerning the Board's activities. Judging from comments received and by the number of visits to the site, this innovation is greatly appreciated by those for whom the Board's work is of interest.

The intense level of activity by the Copyright Board would not be possible without the skilled and diligent contributions made by its members, past and present, and personnel. I take advantage of this opportunity to thank them publicly for their devotion and fine work.



John H. Gomery

MANDATE OF THE BOARD

The Copyright Board was established on February 1, 1989, as the successor of the Copyright Appeal Board. The Board is an economic regulatory body empowered to establish, either mandatorily or at the request of an interested party, the royalties to be paid for the use of copyrighted works, when the administration of such copyright is entrusted to a collective-administration society. Moreover, the Board has the right to supervise agreements between users and licensing bodies, issues licences when the copyright owner cannot be located, and may determine the compensation to be paid by a copyright owner to a user when there is a risk that the coming into force of a new copyright might adversely affect the latter. Its responsibilities under the *Copyright Act* (the *Act*) are to:

- adopt tariffs for the public performance or the communication to the public by telecommunication of musical works and sound recordings [sections 67 to 69];
- adopt tariffs, at the option of a collective society referred to in section 70.1, for the doing of any protected act mentioned in sections 3, 15, 18 and 21 of the *Act*. [sections 70.1 to 70.191];
- set royalties payable by a user to a collective society, when there is disagreement on the royalties or on the related terms and conditions [sections 70.2 to 70.4];
- adopt tariffs for the retransmission of distant television and radio signals or the reproduction and public performance by educational institutions, of radio or television news or news commentary programs and all other programs, for educational or training purposes [sections 71 to 76];
- set levies for the private copying of recorded musical works [sections 79 to 88];
- rule on applications for non-exclusive licences to use published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, when the copyright owner cannot be located [section 77];
- examine, at the request of the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act*, agreements made between a collective society and a user which have been filed with the Board, where the Commissioner considers that the agreement is contrary to the public interest [sections 70.5 and 70.6];
- set compensation, under certain circumstances, for formerly unprotected acts in countries that later join the Berne Convention, the Universal Convention or the Agreement establishing the World Trade Organization [section 78].

In addition, the Minister of Industry can direct the Board to conduct studies with respect to the exercise of its powers [section 66.8].

Finally, any party to an agreement on a licence with a collective society can file the agreement with the Board within 15 days of its conclusion, thereby avoiding certain provisions of the *Competition Act* [section 70.5].

OPERATING ENVIRONMENT

Historical Overview

In 1925, PRS England set up a subsidiary called the Canadian Performing Rights Society (CPRS). In 1931, the *Copyright Act* was amended in several respects. The need to register copyright assignments was abolished. Instead, CPRS had to deposit a list of all works comprising its repertoire and file tariffs with the Minister. If the Minister thought the society was acting against the public interest, he could trigger an inquiry into the activities of CPRS. Following such an inquiry, Cabinet was authorized to set the fees the society would charge.

Inquiries were held in 1932 and 1935. The second inquiry recommended the establishment of a tribunal to review, on a continuing basis and before they were effective, public performance tariffs. In 1936, the *Act* was amended to set up the Copyright Appeal Board.

On February 1, 1989, the Copyright Board took over from the Copyright Appeal Board. The regime for public performance of music was continued, with a few minor modifications. The new Board also assumed jurisdiction in two new areas: the collective administration of copyright and the licensing of uses of published works whose owners cannot be located. Later the same year, the *Canada-US Free Trade Implementation Act* vested the Board with the power to set and apportion royalties for the newly created compulsory licensing scheme for works retransmitted on distant radio and television signals.

Bill C-32 (An Act to amend the *Copyright Act*) which received Royal Assent on April 25, 1997, modifies the mandate of the Board by adding the responsibilities for the adoption of tariffs for the public performance and communication to the public by telecommunication of sound recordings of musical works, for the benefit of the performers of these works and of the makers of the sound recordings ("the neighbouring rights") and for the adoption of tariffs for private copying of recorded musical works, for the benefit of the rights owners in the works, the recorded performances and the sound recordings ("the home-taping regime").

General Powers of the Board

The Board has powers of a substantive and procedural nature. Some powers are granted to the Board expressly in the *Act*, and some are implicitly recognized by the courts.

As a rule, the Board holds hearings. No hearing will be held if proceeding in writing accommodates a small music user that would otherwise incur large costs. The hearing may be dispensed with on certain preliminary or interim issues. No hearings have been held yet for a request to use a work whose owner cannot be located. The process has been kept simple. Information is obtained either in writing or through telephone calls.

Guidelines and Principles Influencing the Board's Decisions

The decisions the Board makes are constrained in several respects. These constraints come from sources external to the Board: the law, regulations, judicial pronouncements. Others are self-imposed, in the form of guiding principles that can be found in the Board's decisions.

Court decisions also provide a large part of the framework within which the Board operates. Most decisions focus on issues of procedure, or apply the general principles of administrative decision-making to the peculiar circumstances of the Board. However, the courts have also set out several substantive principles for the Board to follow or that determine the ambit of the Board's mandate or discretion.

The Board itself also enjoys a fair amount of discretion, especially in areas of fact or policy. In making decisions, the Board itself has used various principles or concepts. Strictly speaking, these principles are not binding on the Board. They can be challenged by anyone at anytime. Indeed, the Board would illegally fetter its discretion if it considered itself bound by its previous decisions. However, these principles do offer guidance to both the Board and those who appear before it. In fact, they are essential to ensuring a desirable amount of consistency in decision-making.

Among those factors, the following seem to be the most prevalent: the coherence between the various elements of the public performance of music tariff, the practicality aspects, the ease of administration to avoid, as much as possible, tariff structures that make it difficult to administer the tariff in a given market, the avoidance of price discrimination, the relative use of protected works, the taking into account of Canadian circumstances, the stability in the setting of tariffs that minimizes disruption to users, as well as the comparisons with "proxy" markets and comparisons with similar prices in foreign markets.

Outline of the Board's Areas of Jurisdiction

In short, the Board's jurisdiction extends to the following four areas (the manner in which the Board is seized of a matter is indicated between brackets):

1. Copyright in works

    - Public performance of music (compulsory filing of tariffs);
    - Retransmission of distant signals (compulsory filing of tariffs);
    - Other rights administered collectively (optional filing of tariffs);
    - Other rights administered collectively (arbitration of conditions of licences, upon request from a collective society or a user);
    - Issuance of licences when the rights owner cannot be located (upon request by the potential user).

2. Copyright in performers' performances and sound recordings

    - Public performance of recorded music (compulsory filing of tariffs);
    - Other rights administered collectively (optional filing of tariffs);
    - Other rights administered collectively (arbitration of conditions of licences, upon request from a collective society or a user);
    - Issuance of licences when the rights owner cannot be located (upon reque... by the potential user).

3. Home taping of recorded musical works, recorded performers' performances and sound recordings

    - Reproduction for private use (compulsory filing of tariffs).

4. Off-air taping and use of radio and television programs for educational or training purposes (works, performances, sound recordings and communication signals)

    - Reproduction and public performance (compulsory filing of tariffs).

Royalty Proposal and Review Mechanism

The *Copyright Act* requires that the Board certify tariffs in the following fields: the public performance or communication of music, the public performance or communication of sound recordings of musical works, the retransmission of distant television and radio signals, the reproduction of television and radio programs by educational institutions and private copying.

The *Act* also allows any other collective societies to proceed by way of tariffs rather than individually negotiated agreements.

The examination process is always the same. The collective society must file a statement of proposed royalties (on or before the 31st of March prior to its expected date of coming into effect) which the Board publishes in the *Canada Gazette*. The users targeted by the proposal (or in the case of private copying, any interested person) or their representatives may object to the statement within sixty days of its publication. The collective society in question and the opponent will have the opportunity to argue their case. After investigating, the Board certifies the tariff, publishes it in the *Canada Gazette*, and explains the reasons for its decision in writing.

ORGANIZATION OF THE BOARD

Detailed information on the Board's resources, including financial statements, can be found in its Report on Plans and Priorities for 2000-01 (Part III of the Estimates), which was tabled in Parliament on March 30, 2000.

Board members are appointed by the Governor in Council to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years. They may be reappointed once.

The *Act* states that the Chairman must be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Chairman directs the work of the Board and apportions its caseload among the members.

The *Act* also designates the Vice-Chairman as Chief Executive Officer of the Board, exercising direction over the Board and supervision of its staff.

Chairman

The **Honourable John H. Gomery**, a justice of the Quebec Superior Court since 1982, has been appointed part-time Chairman of the Board for a three-year term commencing in March 1999. Prior to his appointment to the Bench, Mr. Justice Gomery practised law with the firm Martineau Walker for 25 years. He obtained his B.A. in 1953 and graduated in law from McGill University in 1956. He was an active member of the Canadian Bar Association as National Secretary of the Commercial Law Section and as a member of the special committee on "Uniformity on Personal Property Security Law."

Vice-Chairman & Chief Executive Officer

Stephen J. Callary is a full-time member appointed in May 1999 for a five-year term. Mr. Callary has served as Managing Director of consulting firms, RES International and IPR International; as Executive Director of TIMEC - the Technology Institute for Medical Devices for Canada; and as President of Hemo-Stat Limited and Sotech Projects Limited. He has extensive international experience dealing with technology transfer, software copyrights and patents and the licensing of intellectual property rights. From 1976 to 1980, Mr. Callary worked with the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC), the Privy Council Office (PCO) and the Federal-Provincial Relations Office (FPRO). He has a B.A. degree from the University of Montreal (Loyola College) and a B.C.L. degree from McGill University. He was admitted to the Quebec Bar in 1973 and pursued studies towards a Dr.jur. degree in Private International Law at the University of Cologne.

Members

Adrian Burns is a full-time member appointed on September 1, 1995 for a five-year term. Mrs. Burns has a degree in Art History from the University of British Columbia and has done graduate studies at the British Academy in Rome. Mrs. Burns served as a Commissioner of the Canadian Radio-Television Telecommunications Commission (CRTC) for seven years. Before being appointed to the CRTC, she worked in television as the Business Editor for CFCN (CTV) Calgary. During her years at CFCN and at CBC prior to that, she also worked as a news Anchor/Writer and Producer. Mrs. Burns is presently a Member of the Boards of Trustees of the Canadian Athletic Foundation, as well as Governor of Ashbury College Foundation and of the Stratford Festival Senate. She has also served on several other corporate and community boards.

Sylvie Charron is a full-time member appointed in May 1999 for a five-year term. She was an Assistant Professor with the University of

Ottawa's Faculty of Law (French Common Law Section) and worked as a private consultant in broadcasting, telecommunications and copyright law. Prior to her law studies, she worked with the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission for 15 years. Ms. Charron is a graduate of the University of Ottawa (B.Sc. Biology in 1974, M.B.A. in 1981 and LL.B. - Magna cum laude in 1992). Ms. Charron is a member of the Canadian Association of Law Teachers, of the *Association des juristes d'expression française de l'Ontario* (AJEFO), former Vice-Chair of the Ottawa Chapter of Canadian Women in Communications and past Executive Director of the Council of Canadian Law Deans.

Andrew E. Fenus, C. Arb., is a full-time member appointed in July 1994 and reappointed in 1999 for five years. He was a Board member and Provincial Adjudicator with the Rent Review Hearings Board of Ontario from 1988 to 1994 where he served as Senior Member of the Eastern Region. Mr. Fenus is a Chartered Arbitrator and member of the Arbitration and Mediation Institute of Canada. He is a graduate of Queen's University (Honours BA in 1972 and Master of Public Administration in 1977) and McGill University (Master of Library Science in 1974).

BOARD'S ACCOMPLISHMENTS

HIGHLIGHTS

In 1999-2000 the Board held two hearings. The first one dealt with private copying and lasted 17 days through the months of August and September 1999. The second dealt with the Neighbouring Rights Tariff 1.C (CBC Radio) for the years 1998 to 2002 and lasted nine days over the months of November 1999, January and February 2000.

During the course of the year in review, the Board issued four major decisions. The first one dated August 13, 1999, certified Neighbouring Rights Tariff 1.A (Commercial Radio) for the years 1998 to 2002. The second one dated October 27, 1999, dealt with the legal issues pertaining to SOCAN Tariff 22 (Music over the Internet). The third one dated December 17, 1999 certified a tariff on private copying. The fourth one dated February 25, 2000, certified the radio and television retransmission tariffs for 1998, 1999 and 2000. The Board also issued 11 non-exclusive licences for the use of works of unlocatable copyright owners. Finally, 489 agreements were filed with the Board.

During the same period, the Board dealt with other matters and heard other contested cases, some of them involving protracted hearings, which will be the subject of decisions to be rendered in the next financial year. It has also prepared itself, in preliminary hearings and by preliminary rulings, for pending cases which are scheduled to come before it in the months to come.

In December 1999, the Board launched its Web site (www.cb-cda.gc.ca) from which interested persons may learn of all proposed and certified tariffs, obtain the full text of the *Copyright Act and Regulations*, and other information concerning the Board's activities.

PUBLIC PERFORMANCE OF MUSIC

Background

The provisions under sections 67 onwards of the *Act* apply to the public performance of music or the communication of music to the public by telecommunication. Public performance of music means any musical work that is sung or performed in public, whether it be in a concert hall, a restaurant, a hockey stadium, a public plaza or other venue. Communication of music to the public by telecommunication means any transmission by radio, television or the Internet. Collective societies collect royalties from users based on the tariffs approved by the Board.

Hearings

In 1999-2000, the Board held one hearing on the public performance of music, which lasted nine days over the months of November 1999, January and February 2000. It dealt with Neighbouring Rights Tariff 1.C (Canadian Broadcasting Corporation – Radio) for the years 1998 to 2002.

Decisions of the Board

The Board issued three decisions during 1999-2000. The first one dated July 30, 1999, certified undisputed tariffs which, in some cases, reflected agreements reached between the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and users. The second one dated August 13, 1999, certified Neighbouring Rights Tariff 1.A (Commercial Radio) for the years 1998 to 2002. The third one dated October 27, 1999, dealt with the legal issues pertaining to SOCAN Tariff 22 (Music over the Internet).

NEIGHBOURING RIGHTS TARIFF 1.A (COMMERCIAL RADIO)

For the first time, the Board dealt with the so-called neighbouring rights regime set up in 1997. Makers and performers now jointly enjoy a right to share equally in an equitable remuneration for the public performance and communication to the public by telecommunication of eligible published sound recordings. In the case of recorded music, that right is exercised through a collective society subject to the rate regulation regime already in place for the performance or telecommunication of musical works.

The *Act* sets out three limits on the Board's power to certify a tariff. The tariff must apply only in respect of eligible recordings; must not put at a disadvantage users that are subject to different linguistic and content requirements as a result of Canada's broadcasting policy; and must provide for the payment of royalties in a single payment. Special conditions apply to radio stations notwithstanding the tariffs approved by the Board.

The Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) and the *Société de gestion des droits des artistes-musiciens* (SOGEDAM) filed proposed tariffs with the Board, one of which targeted commercial radio stations. The Canadian Association of Broadcasters (CAB) objected to that tariff item and participated in hearings which took place over 16 days. On August 13, 1999, the Board certified the tariff dealing with commercial radio stations for the years 1998 to 2002.

The Extent of the Eligible Repertoire and of its Use by Commercial Radio Stations

The right to remuneration is contingent on a recording being eligible and being part of the repertoire of a collective society that has filed a tariff. Almost all American recordings are not eligible. Consequently, the Board had to decide

whether NRCC and SOGEDAM are collective societies and whether they represent those they say they represent. It was then necessary to determine the extent to which commercial radio uses the eligible repertoire. The real issue was the extent, if any, to which NRCC represented its claimed share of the eligible repertoire. This in turn required looking at the status of NRCC's own member societies.

From the record, it was safe to assume that NRCC brought with it almost all of the makers' rights. The situation was far from that simple with respect to performers' rights. NRCC only has in its repertoire what its members and affiliates have authorized it to manage. The *Société de gestion collective de l'Union des artistes* (ArtistI) systematically secures assignments of the remuneration right from the performers it represents. The American Federation of Musicians (AFM) relied on amendments to its by-laws. ACTRA Performers' Rights Society (APRS) referred to three amendments to its "parent's" by-laws, though it had sought and obtained some agency contracts. NRCC pointed to no principle in the law of agency empowering an association to obtain, through a change in its by-laws, the agency for its members' remuneration rights; the Board even expressed doubt that this may be possible. Consequently, the Board concluded that the only performers' rights that NRCC had secured through APRS and AFM were those of persons who have executed an instrument (be it an assignment or a membership form) which expressly deals with the remuneration right.

NRCC nevertheless administers the remuneration right of all eligible performers. Makers and performers are joint and several creditors and each have the right to seek payment for the whole debt. Consequently, NRCC could claim the entire remuneration for the use of a sound recording whose maker it represents. Given the Board's earlier finding that NRCC brought with it the makers' share of virtually all the eligible recordings, the performers' share of this repertoire was equally properly before the Board in these proceedings.

NRCC filed a study which concluded that eligible sound recordings account for 49.3 per cent of all use of sound recordings by commercial radio stations. CAB did not succeed in discrediting its methodology and findings. Given the results of the study and evidence tending to establish that NRCC represents the makers' share of at least 95 per cent of eligible recordings, the Board found that NRCC's repertoire accounts for 45 per cent of all use of sound recordings by commercial radio stations.

The Canadian Broadcasting Policy

The *Act* requires that the tariff does not, because of linguistic and content requirements of Canada's broadcasting policy, place some users that are subject to the *Act* at a financial disadvantage. French language radio stations use the eligible repertoire for more than three-quarters of their airtime, while their English counterparts do so for less than half of the time. CAB argued that this meant stations could use the eligible repertoire for free when they use more than other stations in order to comply with that policy. The Board rejected that interpretation. The *Act* does not require that the Board ignore the impact of the regulatory environment on use patterns. Instead, it mandates that users not be put at a *greater* financial disadvantage *than others* because of requirements of Canada's broadcasting policy. This is achieved if all users in a given group share equally the financial burden imposed as a result of the policy, as long as imposing that burden is fair. The regime does not require that rights owners subsidize the radio industry on account of regulatory requirements.

The Value of Rights in Sound Recordings

The Board first set aside a number of pricing models offered by NRCC which, it argued, supported the assertion that the combined value of rights in sound recordings is, at a minimum, 12 per cent. A comparison based on the relative

programming costs of music stations and low music use stations was rejected since the notion that the value of non-exclusive recorded music would be close to the value of talk and information programming, if negotiated in a market situation, is unsustainable. Comparisons with what performers and makers receive for compilation CDs or for supplying recorded music to disc jockeys were rejected because they value the right to reproduce, not the right to broadcast.

CAB would have used SOCAN's tariff as a starting point, but would have reduced the rate to 0.7 per cent for several reasons, all of which the Board rejected. The Board disagreed that neighbouring rights are intrinsically worth less than copyrights; for one thing, the *Act* does not set any order of priority. It also rejected CAB's arguments that neighbouring rights are generally valued at a lower level than authors' rights. It refused to account for the value that performers and makers derive from air play; this is but one case of a symbiotic relationship between different industries with no direct bearing on the price. For the same reasons, it did not take into account the radio industry's other contributions to the record industry.

The Board nevertheless used SOCAN's present tariff as its starting point. Both tariffs involve a similar use and a similar right in a similar market. SOCAN's tariff has been in place for a long time; it is a price that the Board simply cannot ignore. The current tariff reflects an agreement, even though SOCAN still maintains that the current rate is too low while CAB still argues that it is too high.

The only issue remaining was whether the 3.2 per cent rate ought to be adjusted. Having already ruled out a reduced rate, the Board also concluded that evidence tending to establish that performers may provide radio stations with more value than authors was at best anecdotal and impressionistic and could pull either way. As a result, the Board set the rate to be paid by most commercial radio stations at 45 per cent of what they pay to SOCAN, or 1.44 per cent generally and 0.63 per cent for low music use stations for the purposes of the SOCAN tariff. It also set a $100 a month tariff for stations which do not use any eligible sound recordings other than production music.

The tariff as certified would have yielded royalties of $11.29 million in 1997 (the only figures available at the time of the hearing). Given the preferential treatment afforded to each station's first $1.25 million of annual advertising revenues, royalties would have been reduced to $5.68 million. In addition, the phasing in of the regime over three years, would further reduce that amount to $1.89 million in 1998 and to $3.78 million in 1999.

Single Collection Entity

NRCC wanted to collect all royalties payable under the tariff while SOGEDAM wanted the share attributable to its repertoire. The Board granted NRCC's request for practical as well as legal reasons. It first ruled that the single payment requirement directed the Board to identify a single entity to collect royalties on account of all the repertoire entitled to remuneration. SOGEDAM worried that NRCC might use its status to impose upon SOGEDAM certain distribution practices. Any complaint of that nature is within the purview of the Commissioner of Competition.

Given the Board's interpretation of the single payment requirement, it was impossible for it to direct users to pay SOGEDAM its share of the remuneration right. The Board also ruled that it cannot decide how co-creditors are to apportion the royalties among themselves, since nothing in the *Act* would allow the reader to infer a power of the Board to determine SOGEDAM's share of royalties as a necessary incident to setting the neighbouring rights tariff.

SOCAN's Tariff 22 (Music over the Internet)

SOCAN's proposed tariffs for 1996 to 1998 include an item 22, the primary target of which is the Internet. Since some of the objections to this item raised issues of a preliminary nature, the Board opted to conduct the hearings in two phases. On October 27, 1999, following eleven days of hearings, the Board issued its legal conclusions on activities relating to Internet transmissions that may give rise to liability, the applicability of the exemption set out in paragraph 2.4(1)(*b*) of the *Act* and the circumstances in which any communications over the Internet may occur in Canada.

Those who support Tariff 22 argued that a communication to the public occurs when the end user can access a musical work from a computer connected to a network and that virtually everyone involved in the Internet transmission chain is liable for the communication. Those who oppose the tariff contended that Internet transmissions involve a reproduction of data, not a communication by telecommunication, that non-simultaneous, on demand transmissions are not communications to the public, that what is communicated is not a musical work or a substantial part of the work and that in any event, some participants would be able to rely on the immunity provided in paragraph 2.4(1)(*b*) of the *Act*.

In essence, the Internet is a telecommunications network. Its purpose is to transmit files containing data, including music as that term is commonly understood. In order for a transmission to occur, the following events must take place. First, the file is incorporated to an Internet-accessible server. Second, upon request and at a time chosen by the recipient, the file is broken down into packets and transmitted from the host server to the recipient's server, via one or more routers. Third, the recipient, usually using a computer, can reconstitute and open the file upon reception or save it to open it later; either action involves a reproduction of the file, again as that term is commonly understood.

The Board's decision analyses what occurs on the Internet from a legal perspective. Its conclusions can be summarized as follows:

- A musical work is not communicated when it is made available on a server; it is communicated when a server containing the work responds to a request and packets are transmitted;
- A communication can be to the public without being instantaneous or simultaneous;
- By making a work available, a person authorizes its communication; that same person communicates it when it is transmitted from any server;
- Persons exempt from liability under paragraph 2.4(1)(*b*) of the *Act* do not communicate the work; these persons generally include ISPs as well as persons who operate routers, caches or mirrors. They cannot claim the benefit of the exemption if they do not confine themselves to the role of an Internet intermediary;
- Embedded hyperlinks involve an authorization to communicate; user-activated links do not;
- Communications occur at the site of the server from which the work is transmitted. Communications triggered by an embedded hyperlink occur at the site to which the link leads.

These conclusions flowed from the following propositions.

Internet transmissions are communications. To communicate is to make known or convey information. A musical work is information that is conveyed when packets of data are

transmitted so that once reassembled, they allow the work to be conveyed or made known to the recipient.

Internet transmissions are communications by telecommunication. A telecommunication is any transmission of intelligence by electromagnetic system.

The public or private character of a communication over the Internet can be determined according to established legal principles. Expressions such as "in public" and "to the public" are to be interpreted by taking a realistic view of the impact and effect of technological developments and in a manner consistent with their plain and usual meaning that is to say openly, without concealment and to the knowledge of all. Consequently, a communication intended to be received by a segment of the public in individual private settings.

A communication can be to the public without being instantaneous or simultaneous. To communicate is to convey information, simultaneously or otherwise. The focus is on the intended target, not the time frame. The Board refused to read into a decision of Federal Court a requirement for simultaneousness; such an interpretation might render nugatory all Canadian copyright legislation in the world of telecommunications, by putting future advances in interactivity, addressability and transmission on demand outside of the realm of copyright protection.

Musical works can be communicated by telecommunication over the Internet. The various operations and technologies involved in making music available over the Internet (compression, breaking down into packets) do not mean that musical works are not communicated over the Internet. Any other interpretation would make it impossible to communicate a musical work through a digital transmission; radio stations would only have to switch to digital technology in order to avoid paying royalties to SOCAN. What is done occurs solely to respond to the technical exigencies of the Internet; the end user's experience is not affected.

A work is communicated not when it is made available, but when it is transmitted. Earlier court decisions allowed the Board to establish the following propositions. First, a communication to the public occurs over the Internet each time that any member of the public uses a browser to access the work from the source computer. Second, a work is communicated to the public even if it is transmitted only once, as long as it is accessible to a segment of the public. Third, the communication occurs at the time the work is transmitted whether or not it is played or viewed upon receipt, is stored for use at a later date or is never used at all.

The person who posts a work is the one who communicates it. The fact that this is achieved at the request of the recipient or through an agent neither adds to, nor detracts from the fact that the content provider effects the communication. The fact that the communication is automated is a function of design only and is also irrelevant. The person who programs a facsimile to transmit a message while he/she is asleep nevertheless effects the communication.

Persons who can avail themselves of paragraph 2.4(1)(b) of the Act do not communicate the work; these generally include ISPs as well as persons who operate routers, caches or mirrors. A person whose only act consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate a work does not communicate the work to the public. Opponents of Tariff 22 argued that only the sender and recipient are legally involved in the communication, while proponents contended that the exemption applies only to the provision of physical facilities used by others to

communicate a work to the public. The Board concluded that "means" include all software connection equipment, connectivity services, hosting and other facilities without which such communications would not occur, just as much as the switching equipment, software and other facilities that are used as part of the infrastructure of a common carrier for the transmission of information. The exemption applies to ISPs who provide services that are ancillary to providing the means of communication or perform certain steps (such as caching) to improve performance. As long as one's role in respect of any given transmission is limited to providing the means necessary to allow data initiated by other persons to be transmitted, and as long as the ancillary services provided fall short of involving the act of communicating the work or authorizing its communication, the exemption applies. Generally speaking, only the person who posts a musical work communicates it.

Having said this, *ISPs cannot always avail themselves of the exemption.* They can do so only with respect to communications in which they limit themselves to acting as intermediaries. The liability of ISPs that post content, associate with others to offer content, create embedded links, moderate a newsgroup or interfere with any means of obtaining information as to the number of "hits" or "accesses" to the cached material, will be assessed according to the general rules dealing with copyright liability.

By making a work available to the public on a server, a person authorizes its communication. "Authorization" constitutes a separate protected right. To authorize is to sanction, approve and countenance. Persons who make a work available over the Internet do more than merely provide the means to communicate it; they ask that their ISP transmit it at the request of end users. They purport to have authority to put the work to the use for which it is intended. Court decisions have refused to find that the supply of equipment or facilities that may be used to infringe copyright constitutes authorization. However, content providers do not provide tools for the use to occur; they provide the work. They dictate content. They determine whether the site will contain musical works. They select those works. They know and expect that the materials they post will serve to effect a use which is protected if the work is not in the public domain; in fact, once posted, protected music cannot be used without infringing copyright.

The person that creates an automatic or embedded hyperlink to a work authorizes the communication of the work from the site to which the link leads. The person that merely supplies a link which must be activated by the user does not. In itself, the creation of hyperlinks does not involve a communication to the public of any works contained at the linked sites. In their simplest form, hyperlinks represent an electronic directory of addresses. However, the person who includes an automatic link which effects the transmission of a musical work without the need for further action by the end user holds itself out as responsible for the material at the linked sites and therefore, authorizes its communication.

To occur in Canada, a communication must originate from a server located in Canada on which content has been posted. A communication occurs where the transmission originates. The place of origin of the request, the location of the person posting the content and the location of the original Web site are irrelevant. The right to authorize must be obtained from the person administering the right in Canada only when the information is posted on a Canadian server, and the right to communicate must be obtained from that same person only when the transmission originates from a server located in Canada. Communications triggered by an embedded hyperlink occur at the site to which the link leads. As a result, the person who creates an

embedded link to a foreign site from a Canadian site does not require a licence from SOCAN. When a transmission involves a cache, the communication occurs at the location of the site from which the cache originally obtained the information. The cache, just as the router, is but an intrinsic element of Internet. The information, and the means taken to communicate it, reside elsewhere. This is in contrast to mirror sites, which exist with the knowledge and consent of the content provider.

Participants also raised other issues that the Board addressed separately. Among other things, the Board concluded that SOCAN administers the right to authorize a communication as well as the right to communicate. The Board also ruled that it could proceed with the examination of the tariff as filed. The Board must certify a tariff if any of the contemplated activities constitutes a communication to the public by telecommunication or the authorization of such a communication. Moreover, a tariff need not specify who shall pay it. It is sufficient that it specify the use being targeted and the price for that use, which is the case here.

[NOTE: On November 26, 1999, SOCAN filed an application in the Federal Court of Appeal for judicial review of that decision.]

RETRANSMISSION OF DISTANT SIGNALS

Background

The *Act* provides for royalties to be paid by by cable companies and other retransmitters for the carrying of distant television and radio signals. The Board sets the royalties and allocates them among the collective societies representing copyright owners whose works are retransmitted.

Decisions of the Board

At the request of the Copyright Collective of Canada, with the concurrence of all the other parties, the Board adopted, in an interim decision dated December 21, 1999, as interim tariffs to be paid for the retransmission of distant radio and television signals during 2000, tariffs similar to the ones certified by the Board for 1999, also on an interim basis.

On February 25, 2000, the Board certified the radio and television retransmission tariffs for 1998, 1999 and 2000. The matter required 12 days of hearings in October 1998, which addressed only television signals, an agreement having been reached with regard to radio signals. The decision was delayed by various factors, including a reopening of the matter triggered by the February 12, 1999 decision of the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) requiring all Canadian retransmitters to carry the French-language TVA service.

Many aspects of the television tariff were themselves the object of an agreement. As a result, the issues raised in these proceedings were relatively few.

A. Discounts for DTH Systems

Retransmitters that serve Francophone markets are entitled to a 50 per cent discount. The discount takes into account that Quebec subscribers receive on average fewer distant signals, that most of those are in the English language and that distant signal viewing in Quebec is lower than in the rest of Canada. Even though all the signals DTH systems retransmit are distant to all their subscribers, Bell ExpressVu asked that they be entitled to a similar discount for subscribers who only take the basic Francophone package, essentially for the reason that the four Montreal-based stations offered in the basic Francophone package are "virtual" local signals to most Quebec subscribers.

The Board ruled that a case had not been made for a discount. DTH systems already benefit from the tariff structure which ensures that systems carrying many distant signals are not prejudiced. Also, since the basic DTH package is smaller and cheaper than the basic cable package, it can be said that DTH subscribers purchase packages that contain mainly signals that are valuable to them; the fact that some signals may be "virtually local" does not reduce their value to Bell ExpressVu or its subscribers.

The Board also rejected a request for a rate reduction on account of amounts Bell ExpressVu pays to local broadcasters, ruling that these payments compensate local broadcasters for their loss of programming exclusivity and help maintain the value to Bell ExpressVu of distant signals.

B. Broadcasters' Compilation

The Board revisited the full range of issues raised by the status and value of broadcast days as protected compilations. It first rejected all legal challenges to the validity of the claim, finding that recent changes to the *Act* granted broadcasters rights over their signals distinct from the rights that they continue to have over

their works and dismissing other legal arguments for reasons already set out in earlier decisions. Again for reasons set out in earlier decisions, the Board dismissed arguments in favour of accounting for the value of compilations through an increase in the rates.

On the issue of valuation, the compilers urged the Board to abandon its 1996 formula and adopt a new approach which would have increased their share from 0.67 per cent to between 10 and 15 per cent of the total royalty.

The compilers argued that, since compilation viewing and program viewing are coextensive, then the same proportion of available compilations and available programs are being consumed. The Board responded that compilations and programs cannot be compared and assessed on the same basis because compilations are different in nature and small in number. The compilers also noted that as the number of compilations increases, the compilers' share decreases. The Board did not feel uncomfortable with this result, given that as the number of compilations increases, their importance to viewers relative to programs diminishes and viewers' attention becomes more and more focussed on individual programs.

Witnesses for the compilers developed a proxy in order to measure what they viewed as the value of the two key components of broadcast compilations: selection and scheduling. That proxy was derived from earlier research into the effect of inheritance (i.e., the contribution of lead-in viewers to the ratings of the next program in the schedule) and promotion on individual program ratings. The Board found significant deficiencies with this analysis. Thus, the data used related only to prime-time programs, in the United States, on local and distant signals carrying the six US networks, while the Board must establish a value for the entire broadcast day, in Canada, on US and Canadian network and non-network distant signals only. Again, no one could say whether value derived from inheritance should accrue to the first program, to the second program or to the compilation, and no one knew whether promotion is of the same value as either selection or scheduling. Finally, since viewing has for years remained more or less constant, any impact that a compiler's efforts may have is first and foremost at the detriment of another compiler – something that is completely immaterial to cable operators carrying a multiplicity of channels.

C. A Proposal for a New Allocation Methodology

The retransmission tariff generally allocates royalties according to a "hybrid approach". The Board first divides the royalty into two pools, based on the supply of Canadian and American distant signals. It then apportions royalties within the pools based on the share of viewing attributable to each program. Over the years, attempts have been made to convince the Board that certain programs should be allocated a premium for "value-beyond-viewing", all of which have failed.

FWS, which represents all major league sports organizations except baseball, proposed that royalties be divided up into pools representing each program genre, based on a survey of cable operators on the relative values of various programming genres on distant signals. Each pool would then be divided on viewing data. Under that methodology, the share of FWS would be approximately 14 times higher than under the existing formula.

FWS relied on a survey intended to provide insight into the value that cable operators place on different programs available on distant signals. FWS also submitted evidence of the higher prices paid for sports programs in other markets, of the impact of FOX's acquisition of National Football League rights for 1994 on cable operators' willingness to carry the FOX network and on the decisions of the US

Copyright Arbitration Royalty Panel, which allocate to sports a value higher than its share of viewing.

The Board rejected the survey results for a variety of reasons. Cable operators do not normally engage in this sort of valuation and have virtually no choice over which signals to carry on the basic tier. The survey was based on invalid assumptions. Simultaneous substitution requirements were not taken into account. The survey also generated some clearly absurd results, with religious programs receiving 20 times the royalties of drama per unit of viewing, and basketball receiving 17.5 times the royalties of hockey per viewing unit.

The Board rejected, as in the past, evidence of prices paid for programming as a factor to be considered in the allocation exercise, and rejected for similar reasons the use of evidence dealing with the impact of the purchase of NFL rights by FOX in 1994. The Board reiterated that American experience is of little use if only because of the fundamental differences between the American and Canadian retransmission regimes.

The Board stayed with the hybrid approach. It measures actual viewing of programs carried on distant signals in Canada; it is an objective and equitable way of allocating royalties among rights holders; and it avoids the pitfalls and potential inaccuracies of attempting to measure cable operators' subjective valuation of these programs. In the Board's view, within the two pools of Canadian and US signals, viewing represents the most equitable measure of use and thus of value.

The Board added that efforts aimed at allocating royalties based on the value of distant signal programming to cable operators may flow from a misunderstanding of a passage in the Board's 1990 decision that could have left some with the impression that ideally, value of distant signal programming to cable operators ought to be the measure of choice. The Board clearly stated the contrary, reiterating that subscriber valuation is the most appropriate measure for purposes of allocation.

In the end, the Board rejected FWS' valuation approach for three reasons of principle, rather than methodology. First, the price paid for sports programming is a function of economic factors that have little to do with retransmission rights. Second, sports programs attract a premium price because they deliver a coveted demographic in the local, not the distant, market. Third, viewers' purchasing power is not an appropriate way of allocating royalties; viewing by all demographics should count equally.

D. TVA Signal Discount

Some 12 systems faced an increase in their royalties as a result of being ordered by the CRTC to carry the TVA signal. These systems receive the so-called TVA East signal, which is essentially CFTM's terrestrial signal, modified by TVA at the request of advertisers and to change some public service announcements. Western systems have the option of receiving the so-called TVA West signal which is identical to the TVA East signal but delayed three hours. The question was whether the TVA service delivered in this manner constitutes a "signal" within the meaning of the retransmission regime.

In an earlier decision, the Board had ruled on four aspects of the retransmission regime that were relevant here. Firstly, in order to be subject to the retransmission regime, a signal must be available for free reception by the public in its local market. Secondly, a signal never ceases to be a signal, without regard to the technology being used to deliver it outside its local market. Thirdly, it is also irrelevant that the retransmitted signal is not identical to the signal transmitted by the terrestrial station. Fourthly, the conditions specified in the

retransmission regime relate to the retransmission of the signal by the cable operator and not to the condition of the signal at the time when it is received by the cable operator.

The Board concluded that this earlier analysis remained correct. Consequently, the TVA East and TVA West services are "signals" for the purpose of the retransmission regime, whether or not any alterations are made by anyone (including the broadcaster) to those signals, and whether or not the signal is received by the retransmitter at the same time as the original broadcast occurs. The Board rejected as unconvincing a number of policy and legal arguments to the contrary.

The Board then noted that the economic consequences of the CRTC order favoured TVA's national network licence strategy and burdened the affected retransmitters. TVA had enlisted unwilling and uncompensated retransmitters as surrogates to local affiliates.

In the Board's view, the discount for carrying TVA as the sole distant signal in non-Francophone markets had to be significantly greater than the Francophone market discount. Firstly, the TVA discount would apply only to the TVA signal and not to a whole market. Secondly, Francophones represent two per cent or less of the population in the affected areas. Thirdly, since a significant amount of TVA's programming is produced and owned by TVA, it was appropriate to offset its value with the value that TVA obtains from having its signal distributed in its extended markets. Taking these factors into account, the Board set the discount at 95 per cent.

The rest of the decision dealt with an agreed reduction in SOCAN's share of royalties, the final allocation of royalties, the establishment of transitional provisions to address changes in allocation and various administrative provisions. On this last point, the Board accepted to modify the tariff's confidentiality provisions but declined to make most other changes to the tariff's wording that had been jointly submitted by all parties, for the reason that these appeared either misinformed or unnecessary.

[NOTE: On March 29, 2000, FWS filed an application in the Federal Court of Appeal for judicial review of that decision.]

PRIVATE COPYING

Background

On March 19, 1998, Part VIII of the *Act* dealing with private copying came into force. Until that time, copying any sound recording for almost any purpose infringed copyright, although, in practice, the prohibition was largely unenforceable. The amendment to the *Act* legalized copying of sound recordings of musical works onto audio recording media for the private use of the person who makes the copy (referred to as "private copying"). In addition, the amendment made provision for the imposition of a levy on blank audio recording media to compensate authors, performers and makers who own copyright in eligible sound recordings being copied for private use.

Manufacturers and importers of blank audio recording media pay a levy when they sell or otherwise dispose of such media in Canada. That levy is set by the Board and collected by a single collecting body designated by the Board. Entities that represent persons with a perceptual disability do not pay the levy.

Hearing

In August and September 1999, a 17-day hearing was held on the private copying matter.

Decision of the Board

On December 17, 1999, the Board certified a tariff after having received over 3,000 objections and letters of comment. Participants at the hearings were the Canadian Private Copying Collective (CPCC), acting on behalf of all collectives that had filed proposed tariffs; the Canadian Storage Media Alliance (CSMA), representing major importers of blank media; the Independent Canadian Recording Media Coalition (ICRMC), a coalition of smaller suppliers of blank audio media, together with churches and individuals objecting to the levy being applied to media used by churches in their outreach ministry; and a number of other persons interested in the matter.

CPCC asked that the levy be set, for each 15 minutes of available recording time, at 20¢ for analog media, 39¢ for MiniDiscs, digital audio tapes (DATs), CD-Rs Audio and CD-RWs Audio, and 9¢ for CD-Rs and CD-RWs. CSMA asked that the levy be set at no more than three per cent of the wholesale price for audio cassettes and one per cent for recordable CDs (though it objected to any levy being imposed on ordinary recordable CDs). Two objectors argued that the legislation was unconstitutional. Others objected to the levy applying to them on several counts which are reviewed later.

Legal Issues

The Board first ruled that it could deal with constitutional and *Charter* issues because it has the implicit power to decide general questions of law. It then concluded that the private copying regime constitutes valid copyright law. The regime provides compensation for an activity that involves the use of a subject matter that is properly within the purview of copyright. There is a clear link between the activity, the amount of the compensation and the goods being levied. The Board's involvement makes the nexus between activity, media and levy as strong as realistically possible.

The Board also concluded that the private copying levy is not an improperly enacted tax, but a compulsory charge imposed pursuant to a regulatory scheme. It provides for a payment, in lieu of a royalty, as compensation for the copying of copyright works as a result of the legalization of private copying.

The Board finally disagreed with the argument that the regime hinders the dissemination of the Gospel by adherents to the Evangelical Christian movement and is discriminatory. The impact of the levy on religious organizations is likely to be insubstantial. It does not impose any burden on one group that it does not impose on others, nor does it limit anyone's opportunities. Finally, the regime is not likely to threaten anyone's full membership in Canadian society.

The Validity of CPCC's Claim to All of the Eligible Repertoire

What was sometimes referred to as the "chain of title" issue raised two questions. First, is the Board properly seized of the private copying matter? Second, to what extent is the eligible repertoire entitled to remuneration?

The answer to the first question depended on whether the proposed tariffs had been filed by private copying collectives. The Board found that this was the case. Unless a collective acts for the benefit of rights owners who have already authorized it to act on their behalf when it files the proposed tariff of royalties, the filing is invalid. However, the necessary authorization can be secured by any implicit or explicit means available at common law, including rules governing implicit contract agency or agency by ratification.

On the second question, the Board ruled that the tariff should cover all works, performer's performances and sound recordings for which a proposed tariff had been filed. The Board was satisfied that at the time of filing, the collectives had secured a sufficient number of authorizations to administer private copying rights in each and every possible type of subject matter, performer's performance and sound recording comprising the eligible repertoire.

The Importance of the Eligible Repertoire in Private Copying

Only Canadian performers and makers are entitled to share in the levy until the Minister issues a statement widening the eligibility list. In order to establish the eligible share of those repertoires, the Board used a simple average of the results obtained from a radio airplay survey and an analysis of record sales. The Board concluded that 28 per cent of private copies use the repertoire of eligible performers, 23 per cent use the repertoire of eligible makers, and 96 per cent use the repertoire of eligible authors.

The Meaning of "Ordinarily Used by Individual Consumers"

Only recording media that are of a kind ordinarily used by individual consumers to make private copies are subject to the levy. To CPCC, this meant any medium that is regularly, commonly or normally used for private copying. CSMA would have applied the levy only to the media that are most often used for private copying, excluding media (e.g., MiniDiscs) whose share of the market is marginal, even if most or all are used to make private copies.

"Ordinary" describes anything from that which is regular, normal or average, to what is merely recurring or consistent. Therefore, the ordinary character of an occurrence is more a matter of consistency than a function of quantity. The use of a secondary residence needs to be consistent, not frequent, in order for it to be ordinary. The purpose of the regime is of primary importance in interpreting as fluid a notion as "ordinary". One of the purposes of the regime is to legalize private copying. Another is to adequately compensate eligible rights holders. Too restrictive an interpretation will strip the regime of any meaning.

This yielded a number of principles. First, ordinary use includes all non-negligible uses. Second, a medium can have more than one ordinary use. Third, since the definition speaks of ordinary use *by individual consumers*, the analysis must focus on that person to the exclusion of others.

As a result, the Board concluded that all audio cassettes with a playing time of 40 minutes or more are subject to the levy, anything shorter being not convenient to make private copies. No distinction was made between Type I (low bias) and other cassettes. The Board also refused to distinguish between standard length and custom length cassettes or cassettes with other characteristics that may make them less suited to private copying, concluding that much specificity may open the door to levy avoidance.

MiniDisc, CD-R Audio and CD-RW Audio qualify. They account for only one per cent of total sales, but are mostly, if not exclusively, targeted at consumers and sold for the purpose of copying music. CD-R and CD-RW also qualify. The Board estimated that some two million private copies were made onto these media in 1999, a number that definitely meets the Board's threshold of ordinariness.

The definition of what is a blank audio recording medium is an open one. As markets evolve, new types may be identified if the Board is satisfied that consumers have found other ways to make private copies of their favourite music.

Economic Evidence

Evidence about the nature and structure of the recording media industry, the economic impact of the proposed levy and the impact that an emerging grey market might have on the relevant market led the Board to conclude that the tariff as certified should not have a significant negative effect on the industry.

Market trends for audio cassettes and digital media are fundamentally different. While most Canadian households own a tape recorder, demand for audio cassettes has been shrinking. On the other hand, penetration for CD burners is currently low but should grow rapidly and with it, the demand for recordable CD media. The share of other forms of digital recording media is much smaller, and probably will remain so. Anecdotal evidence was provided about the impact of downloading music from the Internet using MP3 and other similar formats.

The Amount of the Levy

In setting the amount of the levy, the Board developed a tariff structure, selected a valuation methodology and made certain adjustments.

The Board first rejected as unfair a tariff set as a percentage of the wholesale price, given that those prices are expected to fall significantly while the value of the underlying intellectual property will not. For administrative ease and simplicity and to minimize the cost of determining the levy payable, a set price for each type of medium was deemed preferable to a tariff based on 15-minute intervals; furthermore, types were established only where the proportion of media used for private copying varies significantly.

CPCC offered the only complete valuation model, based on how much rights holders typically receive on the sale of prerecorded CDs. Subject to certain adjustments, the Board concluded that this could be used as a starting point.

The Board first determined how much rights holders typically get for the sale of a top-line prerecorded CD. The author's share was set using the current CD price and estimating the number of selections on average compact disc. The performers' and makers' share was derived from the royalty payable to the recording artist who pays the costs of a sound recording and approaches a record company to manufacture and distribute it.

The next step removes the non-eligible repertoire. This involves establishing the share of private copies that use the eligible repertoire (which had already been done) and setting relative weights for the three groups or colleges of rights owners. For the latter, the Board used the ratio of author remuneration to combined

performer and maker remuneration, and then split the performer/maker share equally. These figures were used to calculate the weighted share of all private copies for each college which, added up, gave the weighted share of all private copies attributable to all the eligible repertoire, non-eligible rights holders accounting for the rest.

Next, the Board concluded that the underlying intellectual property contained in private copies is worth less than in top-line recordings, as consumers would not be willing to pay as much for the underlying rights in a private copy of a CD they already own, and because it cannot be assumed that there is a one-to-one correlation between lost sales and private copying activity. The recording market already sets lower prices in secondary markets such as record club and budget line sales. The Board discounted the proxy by 50 per cent.

Finally, the Board made adjustments to account for the market share of media actually used for private copying and for differences between analog and digital media. It refused to adjust the rate on account of the longer playing time of recording media than that of a typical prerecorded CD. It also refused to adjust the rate on account of medium reuse.

The Board derived the levy for audio cassettes directly from the rate set for digital media, halving it to account for the fact that the retail and wholesale prices of top-line prerecorded cassettes are approximately half of those of top-line CDs. The Board then assumed that 80 per cent of audio cassettes are sold to individual consumers, and that consumers use 80 per cent of the cassettes they purchase to copy sound recordings. As audio cassettes are reusable, there was no need to provide for an adjustment for wasted media. This yielded a tariff of 23.3¢. Similar calculations yielded tariffs of 60.8¢ for CD-Rs Audio, CD-RWs Audio and MiniDiscs and 5.2¢ for CD-Rs and CD-RWs. The Board estimated that the levy would generate approximately $8.85 million in 2000, without taking into account any grey market activity or CPCC's proposed zero-rating scheme.

Other Matters

The Board designated CPCC as the collecting body for the private copying tariff. It also refused to follow the terms of an agreement reached by the collectives on the issue of apportioning the royalties among them. The formula used to set the levy was the logical reflection of the valuation of the three repertoires, and should be reflected in the apportionment. Authors received 60.8 per cent, performers 21.5 per cent, and makers 17.7 per cent.

The Zero-Rating Scheme

To help alleviate the effect of the levy on certain groups, CPCC had proposed to enter into agreements allowing manufacturers and importers to sell audio recording media to certain categories of users without having to pay the levy. The Board noted that the existence or absence of such a mechanism may well have an impact on the amount that constitutes a reasonable rate. For example, a rate so high that it threatens a manufacturer's existing relationship with large institutional clients could well be inherently unreasonable, irrespective of the value of the underlying intellectual property, unless CPCC found a way to accommodate the manufacturer so that it can maintain that relationship. Fortunately, the rates set in the decision were at a level such that they need not be examined from that angle.

[NOTE: On January 14, 2000, CSMA filed an application in the Federal Court of Appeal for judicial review of that decision.]

UNLOCATABLE COPYRIGHT OWNERS

Pursuant to section 77 of the *Act*, the Board may grant licences authorizing the use of published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, if the copyright owner is unlocatable. However, the *Act* requires licence applicants to make reasonable efforts to find the copyright owner. Licences granted by the Board are non-exclusive and valid only in Canada.

In 1999-2000, the Board issued the following 11 licences, totalling 79 licences issued since the Board's inception in 1989.

- Ontario Ministry of Education, authorizing the reproduction of the work entitled "Mr. Gilligan's Goat" written by Joan Weston, in an anthology entitled *The Ontario Curriculum Exemplars: Reading* (The "Reading Anthology").

- *Regal Recordings Limited*, Mississauga, Ontario, authorizing the reproduction of nine photographs of jazz pianist Oscar Peterson on a CD-ROM on his life.

- *Canadian Institute for Historical Microreproductions*, Ottawa, Ontario: the Institute is an organization which locates, preserves, catalogues and distributes early Canadiana in print form, microfiches or CD-ROMs. Its objectives are to improve access to printed Canadiana, to make rare and scarce Canadiana more widely available to bring together fragmented collections of Canadiana and to ensure preservation of Canadiana in Canada and elsewhere. Two licences were issued: the first one authorizing the reproduction of 588 works and the second one for 560 works.

- *National Film Board of Canada*. Two licences were issued as follows: (1) authorizing the reproduction of the work entitled *Le cinéma direct et ses prolongements* written by Agathe Martin-Thériault published in *Cinéma Québec* magazine in 1972, in a brochure included in a video package on the film *L'Acadie, l'Acadie?!?* of Canadian film maker Pierre Perrault; and (2) authorizing the reproduction and incorporation of a photograph of a demonstrator published in the *Soleil de Québec* on June 21, 1969, in a documentary film entitled *Mai en décembre*.

- *L'Information Essentielle inc.*, Lachine, Quebec, authorizing the reproduction and incorporation of two photographs, three film images, a song extract and a short musical score, in a television documentary series entitled *Histoire d'un Canadien / The Maurice "Rocket" Richard Story*.

- *Donald Rutherford*, Abbotsford, B.C., authorizing the reproduction of various articles published in the *Wainwright Star* newspaper during the years 1908 to 1918 in a reference book on the history of Wainwright, Alberta.

- *Harcourt Brace and Company, Canada,* authorizing the reprint of the following works for inclusion in a textbook anthology of short stories for high school English classes: (1) *Barney* written by Will Stanton, originally published in "Fifty Short Science Fiction Tales" in 1951 by MacMillan Publishing; (2) *The Inheritor* written by Frank Roberts, originally published in the Australian magazine "Man" in 1963; and (3) *The Curlew's Cry*, written by J. Leslie Bell, originally published in "Alberta Bound: Thirty Stories by Alberta Writers", edited by Fred Stenson and published in 1986 by NeWest Press as originally published.

- *Les Éditions du Vermillon*, Ottawa, Ontario, authorizing the reproduction of a newspaper article excerpt written by Roger Cyr and

entitled *Jean Duceppe dénonce les sociétés secrètes* published in *La Patrie* (*«La Patente se meurt»*) in May 1964, in the novel entitled *Ottawa, P.Q.* written by Jean Taillefer.

- *Les Éditions Triptyque*, Montreal, Quebec, authorizing the production and publication of a translation of Juan Butler's work entitled *Cabbagetown Diary: A Documentary* published by Peter Martin Associates Limited in 1970.

ARBITRATION PROCEEDINGS

Pursuant to section 70.2 of the *Act*, the Board can arbitrate disputes between a collective society that represents copyright owners, and the users of the works of those owners. Its intervention is triggered by application by either the collective society or the user.

In 1999-2000, two applications were filed by the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) pursuant to that section. On June 6, 1999, it asked the Board to set, on an interim and final basis, the terms of a licence authorizing record companies that are member of the *Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo* (ADISQ) to copy musical works in SODRAC's repertoire for the years 1999, 2000 and 2001. On August 31, the Board issued an interim decision reflecting the terms of an earlier agreement between the parties. A timetable that was to lead to hearings in April 2000 was then issued. On January 19, 2000, the Board denied a request from SODRAC that the terms of the interim licence be changed, being unconvinced that this was necessary to protect SODRAC's interests. On February 24, 2000 the Board granted a joint request that the terms of the interim licence be modified to reflect an agreement reached between them and that the proceedings be suspended until August 11, 2000 in order to allow further negotiations between the parties.

On August 31, 1999, SODRAC asked the Board to set, on an interim and final basis, the terms of a licence authorizing MusiquePlus inc. and its services *Musimax* and *MusiquePlus* to copy works in SODRAC's repertoire for the period September 1, 1999 to August 31, 2002. On November 22, 1999, the Board issued an interim decision. A timetable leading to a hearing in May 2000 was issued in December 1999.

COURT DECISIONS

In June 1999, some of the objectors to the private copying tariff asked the Federal Court of Appeal to stop the proceedings before the Board, claiming that the Board could not hear and decide the matter for a number of reasons, including that the private copying regime was invalid copyright law, invalid taxation law and contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On June 30, the Court ruled that the application for interim and final stay of the proceedings was properly brought before it. On August 18, the Court dismissed the application.

The Court held that since the authority of a law enforcement agency was being constitutionally challenged, the interest of the public in having the law being enforced had to be balanced against the interests of the private litigants. The Court had little difficulty concluding that the balance of inconvenience on the issue of irreparable harm favoured the public interest. It took into account the fact that the applicants could have acted earlier as well as the Board's stated intention to consider any constitutional question raised before it, commenting (without deciding) that the legal and practical arguments in favour of letting the Board first deal with such issues appeared very strong.

AGREEMENTS FILED WITH THE BOARD

Pursuant to the *Act*, collective societies and users of copyrights can agree on the royalties and related terms of licences for the use of a society's repertoire. Filing an agreement with the Board, within 15 days of its conclusion, shields the parties from prosecutions pursuant to section 45 of the *Competition Act* [s. 70.5 of the *Copyright Act*]. The same provision also grants the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act* access to those agreements. In turn, where the Director considers that such an agreement is contrary to the public interest, he may request the Board to examine it. The Board then sets the royalties payable under the agreement, as well as the related terms and conditions.

During 1999-2000, 489 agreements were filed with the Board, totalling 2,526 agreements filed since the Board's inception in 1989.

The Canadian Copyright Licensing Agency (CANCOPY), which licenses reproduction rights, such as photocopy rights, on behalf of writers, publishers and other creators, filed 446 agreements granting various institutions and firms a licence to photocopy works in its repertoire. Amongst these agreements, there were those concluded with Ministries of Education, Provincial governments, public libraries, corporations, non-profit associations and copy shops.

The Audio-Video Licensing Agency (AVLA), which is a copyright collective that administers the copyright for the owners of master and music video recordings has filed, for its part, 30 agreements.

The *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction* (COPIBEC) filed 12 agreements. COPIBEC is the collective society which authorizes in Quebec the reproduction of works from Quebec, Canadian (through a bilateral agreement with CANCOPY) and foreign rights holders. COPIBEC was founded in 1997 by *l'Union des écrivaines et écrivains québécois* (UNEQ) and the *Association nationale des éditeurs de livres* (ANEL).

Finally, the *Association québécoise des auteurs dramatiques* (AQAD), a non-profit organization which defends the socio-economic, moral and professional rights and interests of French Quebec and Canadian playwrights, librettists, adapters and translators, has filed one agreement. This agreement, which has been reached with Quebec Ministry of Education, is managed by the *Société québécoise des auteurs dramatiques* (SOQAD) which was created by AQAD to collect and distribute to copyright owners whose works are performed in public or private teaching institutions of the pre-school, primary and secondary levels, royalties provided for in the financial agreement between the Ministry of Education and AQAD. It must be noted that this agreement does not apply to performances of dramatic works of the *Société des auteurs et compositeurs dramatiques* (SACD) repertoire.

COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR

RAPPORT ANNUEL 1999-2000

Copyright Board
Canada

Commission du droit d'auteur
Canada

CANADA

L'honorable John Manley, c.p., député
Ministre de l'Industrie
Ottawa (Ontario)
K1A 0A6

Monsieur le ministre,

J'ai l'honneur de vous transmettre pour dépôt au Parlement, conformément à l'article 66.9 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le douzième rapport annuel de la Commission du droit d'auteur pour l'exercice financier se terminant le 31 mars 2000.

Veuillez agréer, Monsieur le ministre, l'expression de ma très haute considération.

Le Vice-président
et premier dirigeant,

Stephen J. Callary

56, rue Sparks, bureau 800, Ottawa (Ontario) K1A 0C9
Téléphone : (613) 952-8621 Télécopieur : (613) 952-8630
Site Web : www.cda-cb.gc.ca

TABLE DES MATIÈRES

PAGE

MESSAGE DU PRÉSIDENT 5

MANDAT DE LA COMMISSION 6

CONTEXTE OPÉRATIONNEL 7

RÉGIE INTERNE DE LA COMMISSION 10

RÉALISATIONS DE LA COMMISSION 12

- FAITS SAILLANTS 12
- EXÉCUTION PUBLIQUE DE LA MUSIQUE 13
- RETRANSMISSION DE SIGNAUX ÉLOIGNÉS 20
- COPIE POUR USAGE PRIVÉ 24
- TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR INTROUVABLES 29
- PROCÉDURES D'ARBITRAGE 31
- JUGEMENTS DES TRIBUNAUX 32
- ENTENTES DÉPOSÉES AUPRÈS DE LA COMMISSION 33

COMMISSAIRES ET PERSONNEL DE LA COMMISSION
au 31 mars 2000

Président :	L'honorable juge John H. Gomery
Vice-président et premier dirigeant :	Stephen J. Callary
Commissaires :	Adrian Burns
	M[e] Sylvie Charron
	Andrew E. Fenus
Secrétaire général :	M[e] Claude Majeau
Avocat général :	M[e] Mario Bouchard
Recherchiste-analyste :	*Vacant*
Greffière :	Lise St-Cyr
Agente administrative :	Ivy Lai
Agent à l'informatique :	Michel Gauthier
Secrétaire des Commissaires :	Joëlle Laflamme

MESSAGE DU PRÉSIDENT

La Commission a connu au cours des douze mois couverts par ce rapport une des périodes d'activités les plus intenses de son histoire. Elle a rendu six décisions décrites en détail dans les pages qui suivent. Quatre d'entre elles ont nécessité de longues audiences ainsi que l'examen de questions de fait et de droit complexes avant d'en arriver à une solution. Ces décisions revêtent une importance particulière et méritent d'être soulignées :

1. le 13 août 1999, la Commission s'est penchée pour la première fois sur la question des droits voisins et a établi le montant des redevances que les stations de radio commerciales doivent verser aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrement sonores;

2. le 27 octobre 1999, la Commission a étudié les questions d'ordre juridique soulevées par la transmission d'œuvres musicales sur Internet, ouvrant la voie à l'établissement d'un tarif pour réglementer ce type d'utilisation;

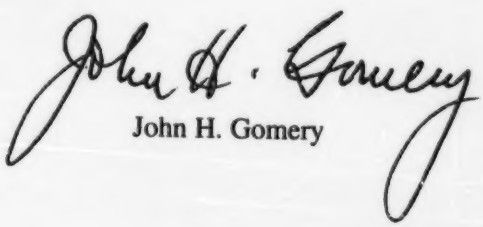
3. le 17 décembre 1999, elle a rendu une décision homologuant, pour la première fois, un tarif nécessitant le paiement de redevances (versées à la Société canadienne de perception de la copie privée) sur la vente de supports audio vierges afin de dédommager les auteurs, compositeurs, artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores admissibles pour la copie de leurs œuvres pour usage privé;

4. le 25 février 2000, elle a homologué des tarifs pour une période de trois ans imposés aux entreprises de câblodistribution et autres retransmetteurs pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision.

La Commission a, de plus, étudié d'autres dossiers et entendu diverses affaires contestées, certaines ayant nécessité de très longues audiences; les décisions seront rendues au cours du prochain exercice financier. Elle s'est également préparée pour les causes en instance qui seront entendues au cours des mois à venir, par la tenue d'audiences et la prise de décisions préliminaires.

En outre, la Commission a créé un site Web (www.cda-cb.gc.ca) où les intéressés peuvent trouver les tarifs proposés et homologués, la version intégrale de la *Loi sur le droit d'auteur* et de ses règlements, ainsi que divers renseignements sur les activités de la Commission. À en juger par les commentaires que nous avons reçus et par le nombre de visiteurs, ceux qui s'intéressent aux travaux de la Commission apprécient beaucoup ce nouveau site.

La Commission ne pourrait travailler à un rythme aussi intense sans l'apport soutenu de ses membres, anciens et actuels, et de son personnel. Je profite donc de l'occasion pour les remercier publiquement de leur dévouement et de leur excellent travail.



John H. Gomery

MANDAT DE LA COMMISSION

Créée le 1er février 1989, la Commission du droit d'auteur a succédé à la Commission d'appel du droit d'auteur. La Commission est un organisme de réglementation économique investi du pouvoir d'établir, soit de façon obligatoire, soit à la demande d'un intéressé, les redevances à être versées pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective. Par ailleurs, la Commission exerce un pouvoir de surveillance des ententes intervenues entre utilisateurs et sociétés de gestion, délivre elle-même certaines licences lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable, et peut établir l'indemnité à verser par un titulaire de droits à un utilisateur lorsque l'entrée en vigueur d'un nouveau droit risque de porter préjudice à ce dernier. En vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* (la *Loi*), voici les responsabilités qui lui sont confiées :

- établir les tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores [articles 67 à 69];
- établir les tarifs, à l'option des sociétés de gestion visées à l'article 70.1, pour l'accomplissement de tout acte protégé mentionné aux articles 3, 15, 18 et 21 de la *Loi* [articles 70.1 à 70.191];
- fixer les redevances payables par un utilisateur à une société de gestion, s'il y a mésentente sur les redevances ou sur les modalités afférentes [articles 70.2 à 70.4];
- établir les tarifs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, ou pour la reproduction et l'exécution publique par des établissements d'enseignement, à des fins pédagogiques, d'émissions ou de commentaires d'actualité et toute autre émission de télévision et de radio [articles 71 à 76];
- fixer les redevances pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées [articles 79 à 88];
- se prononcer sur des demandes de licences non exclusives pour utiliser une œuvre publiée, la fixation d'une prestation, un enregistrement sonore publié ou la fixation d'un signal de communication dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable [article 77];
- examiner, à la demande du Commissaire de la concurrence nommé au titre de la *Loi sur la concurrence*, les ententes conclues entre une société de gestion et un utilisateur et déposées auprès de la Commission, lorsque le Commissaire estime que l'entente est contraire à l'intérêt public [articles 70.5 et 70.6];
- fixer l'indemnité à verser, dans certaines circonstances, à l'égard d'actes protégés à la suite de l'adhésion d'un pays à la Convention de Berne, à la Convention universelle ou à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, mais qui ne l'étaient pas au moment où ils ont été accomplis [article 78].

Par ailleurs, le ministre de l'Industrie peut enjoindre la Commission d'entreprendre toute étude touchant ses attributions [article 66.8].

Enfin, toute partie à une entente visant l'octroi d'une licence par une société de gestion peut déposer l'entente auprès de la Commission dans les quinze jours de sa conclusion, échappant ainsi à certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* [article 70.5].

CONTEXTE OPÉRATIONNEL

Historique

C'est en 1925 que fut mise sur pied la première société canadienne de gestion du droit d'exécution publique, la *Canadian Performing Rights Society* (CPRS), une filiale de la PRS anglaise. En 1931, la *Loi sur le droit d'auteur* était modifiée à plusieurs égards. L'obligation d'enregistrer toutes les cessions de droits était abolie. En lieu et place, obligation était faite à la CPRS de produire une liste des titres de toutes les œuvres faisant partie de son répertoire et de déposer des tarifs auprès du Ministre. Ce dernier pouvait mettre en branle un processus d'examen des activités de la CPRS s'il était d'avis que le comportement de la société allait à l'encontre de l'intérêt public. Après une telle enquête, le gouvernement avait le pouvoir d'établir les droits que la société pourrait percevoir.

Deux enquêtes furent tenues, en 1932 et en 1935. La seconde recommanda la mise sur pied d'un organisme chargé d'examiner les tarifs pour l'exécution publique de la musique sur une base continue et avant qu'ils entrent en vigueur. En 1936, une modification à la *Loi* créa la Commission d'appel du droit d'auteur.

La Commission du droit d'auteur prit en charge les compétences de la Commission d'appel du droit d'auteur le 1er février 1989. Sous réserve de modifications mineures, on reconduisit le régime régissant l'exécution publique de la musique. La nouvelle Commission se vit attribuer deux autres domaines de compétence : la gestion collective du droit d'auteur et l'octroi de licences pour l'utilisation d'œuvres publiées dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Plus tard la même année, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* confia à la Commission la tâche d'établir le montant des droits à verser pour le nouveau régime de licence obligatoire visant les œuvres retransmises sur des signaux éloignés de radio et de télévision, ainsi que celle de répartir ces droits.

Le projet de loi C-32 (Loi modifiant la *Loi sur le droit d'auteur*), dont la sanction royale a été donnée le 25 avril 1997, fait en sorte que la Commission est également responsable de l'établissement de tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, pour le bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de ces enregistrements («les droits voisins») et de l'établissement de tarifs pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées, pour le bénéfice des titulaires de droits sur les œuvres, les prestations enregistrées et les enregistrements sonores («le régime de la copie privée»).

Les pouvoirs généraux de la Commission

La compétence de la Commission porte sur des aspects de fond et de procédure. Certains pouvoirs lui sont attribués dans la *Loi*, de façon expresse; d'autres lui sont reconnus implicitement par la jurisprudence.

Règle générale, la Commission tient des audiences. Elle peut aussi procéder par écrit pour éviter à un petit utilisateur les dépenses additionnelles qu'entraînerait la tenue d'audiences. On dispose aussi, sans audience, de certaines questions préliminaires ou intérimaires. Jusqu'à maintenant, la Commission n'a pas tenu d'audiences pour traiter d'une demande de licence d'utilisation d'une œuvre dont le titulaire de droits d'auteur est introuvable. La Commission tient à ce que le processus d'examen de ces questions reste simple. L'information pertinente est obtenue par écrit ou au moyen d'appels téléphoniques.

Les principes et contraintes qui influencent les décisions de la Commission

Plusieurs balises viennent encadrer le pouvoir d'appréciation de la Commission. La source de ces contraintes peut être externe : loi, règlements, décisions judiciaires. D'autres lignes de conduite sont établies par la Commission elle-même, dans ses décisions.

Les décisions de justice ont pour une large part défini le cadre juridique à l'intérieur duquel la Commission exerce son mandat. Pour la plupart, ces décisions portent sur des questions de procédure ou appliquent les principes généraux du droit administratif aux circonstances particulières de la Commission. Ceci dit, les tribunaux judiciaires ont aussi établi plusieurs principes de fond auxquels la Commission est soumise.

La Commission dispose aussi d'une mesure importante d'appréciation, particulièrement lorsqu'il s'agit de questions de fait ou d'opportunité. Dans ses décisions, la Commission a elle-même mis de l'avant certains principes directeurs. Ils ne lient pas la Commission. On peut les remettre en question à n'importe quel moment, et le fait pour la Commission de se considérer liée par ceux-ci constituerait une contrainte illégale de sa discrétion. Ces principes servent quand même de guide tant pour la Commission que pour ceux qui comparaissent devant elle. Sans eux, on ne saurait aspirer au minimum de cohérence essentiel à tout processus décisionnel.

Parmi les principes que la Commission a ainsi établis, certains des plus constants sont : la cohérence interne des tarifs pour l'exécution publique de la musique, les aspects pratiques, la facilité d'administration afin d'éviter, dans la mesure du possible, d'avoir recours à des structures tarifaires dont la gestion serait complexe, la recherche de pratiques non discriminatoires, l'usage relatif d'œuvres protégées, la prise en compte de la situation canadienne, la stabilité dans l'établissement de structures tarifaires afin d'éviter de causer un préjudice, ainsi que les comparaisons avec des marchés de substitution et avec des marchés étrangers.

Sommaire des domaines d'intervention de la Commission

En résumé, la Commission intervient dans les quatre domaines suivants (le mode de saisine de la Commission étant indiqué entre parenthèses) :

1. Droits d'auteur sur les œuvres

   - Exécution publique de la musique (dépôt de tarifs obligatoire);
   - Retransmission de signaux éloignés (dépôt de tarifs obligatoire);
   - Autres droits gérés collectivement (dépôt de tarifs optionnel);
   - Autres droits gérés collectivement (arbitrage des droits et modalités de licences, sur demande d'une société de gestion ou d'un utilisateur);
   - Octroi de licences d'utilisation, dans les cas où le titulaire du droit est introuvable (sur demande de l'utilisateur éventuel).

2. Droits d'auteur sur les prestations et les enregistrements sonores

   - Exécution publique de la musique enregistrée (dépôt de tarifs obligatoire);
   - Autres droits gérés collectivement (dépôt de tarifs optionnel);
   - Autres droits gérés collectivement (arbitrage des droits et modalités de licences, sur demande d'une société de gestion ou sur demande d'un utilisateur);
   - Octroi de licences d'utilisation, dans les cas où le titulaire du droit est introuvable (sur demande individuelle).

3. Copie privée des œuvres musicales enregistrées, des prestations enregistrées et

des enregistrements sonores d'œuvres musicales

- Reproduction pour usage privé (dépôt de tarifs obligatoire).

4. Enregistrement d'émissions de radio et de télévision (*off-air taping*) et utilisation à des fins pédagogiques (œuvres, prestations, enregistrements sonores et signaux de communication)

    - Reproduction et exécution publique (dépôt de tarifs obligatoire).

Mécanisme de dépôt et d'examen des tarifs

La *Loi sur le droit d'auteur* exige que la Commission homologue des tarifs dans les domaines suivants : exécution ou communication publique de la musique, exécution ou communication publique d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, reproduction d'émissions de radio et de télévision par les établissements d'enseignement, copie privée. La *Loi* permet aussi à toute autre société de gestion de procéder par voie de tarif plutôt qu'au moyen d'ententes négociées à la pièce.

Le processus d'examen est toujours le même. La société de gestion intéressée doit déposer un projet de tarif (au plus tard le 31 mars précédant la date prévue pour sa prise d'effet) que la Commission fait paraître dans la *Gazette du Canada*. Les utilisateurs visés dans le projet (ou dans le cas de la copie privée, toute personne intéressée) ou leurs représentants peuvent s'opposer au projet dans les soixante jours de sa parution. La société de gestion et les opposants ont l'occasion de faire valoir leurs moyens. Après enquête, la Commission homologue le tarif, le fait paraître dans la *Gazette du Canada* et fait connaître par écrit les motifs de sa décision.

RÉGIE INTERNE DE LA COMMISSION

Des renseignements détaillés concernant les ressources de la Commission, y compris son budget des dépenses, figurent dans son Rapport sur les plans et priorités pour 2000-2001 (Partie III du Budget des dépenses), qui a été déposé au Parlement le 30 mars 2000.

Les commissaires sont nommés par le gouverneur en conseil à titre inamovible pour un mandat d'au plus cinq ans, renouvelable une seule fois.

La *Loi* précise que le président doit être un juge, en fonction ou à la retraite, d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district. Celui-ci dirige les travaux de la Commission et répartit les tâches entre les commissaires.

La *Loi* désigne le vice-président comme le premier dirigeant de la Commission. À ce titre, il assure la direction de la Commission et contrôle la gestion de son personnel.

Président

L'honorable John H. Gomery, juge de la Cour supérieure du Québec depuis 1982, a été nommé à temps partiel pour un mandat de trois ans débutant en mars 1999. Avant d'accéder à la magistrature, monsieur le juge Gomery a exercé le droit au sein de l'étude Martineau Walker pendant 25 ans. Il a obtenu son baccalauréat de l'Université McGill en 1953 et son diplôme en droit en 1956. Il a été membre actif de l'Association du Barreau canadien à titre de secrétaire national de la Section du droit commercial et de membre du comité spécial sur l'uniformité du droit des sûretés personnelles.

Vice-président et premier dirigeant

Stephen J. Callary a été nommé à temps plein en mai 1999 pour un mandat de cinq ans. Préalablement, M. Callary a agi à titre de Directeur général des firmes RES International et IPR International, à titre de Directeur exécutif de TIMEC - l'Institut de technologie pour les instruments médicaux du Canada et à titre de Président des firmes Projets Sotech Limitée et Hemo-Stat Limitée. Il possède une expérience internationale imposante dans les domaines du transfert des technologies, du droit d'auteur et des brevets pour les logiciels et de la négociation de licences de droits de propriété intellectuelle. De 1976 à 1980, M. Callary a travaillé au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), au Bureau du Conseil privé (BCP) et au Bureau des relations fédérale-provinciales (BRFP). Il est diplômé de l'Université de Montréal (Collège Loyola) et de l'Université McGill, où il a fait ses études de droit. Il a été admis au Barreau du Québec en 1973 et a poursuivi des études en droit international privé visant le Dr.jur. à l'Université de Cologne.

Commissaires

Adrian Burns a été nommée commissaire à temps plein le 1er septembre 1995 pour un mandat de cinq ans. Mme Burns est titulaire d'un diplôme en histoire de l'art de l'Université de la Colombie-Britannique et elle a fait des études de deuxième cycle à l'Académie britannique, à Rome. Elle a occupé un poste de commissaire au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) pendant sept ans, avant quoi elle avait travaillé comme rédactrice des affaires économiques au réseau de télévision CFCN (CTV), à Calgary. À CFCN et, auparavant, à CBC, elle avait aussi été chef d'antenne et productrice. Présentement, Mme Burns siège au conseil d'administration de la Fondation canadienne

d'athlétisme et elle est administratrice de l'*Ashbury College Foundation* et du *Stratford Festival*. Elle a par ailleurs été membre du conseil de plusieurs autres entreprises et organismes communautaires.

Sylvie Charron a été nommée commissaire à temps plein en mai 1999 pour un mandat de cinq ans. M^e^ Charron était professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (section *common law* en français) et experte-conseil en radiodiffusion, en télécommunications et en droit d'auteur. Avant d'entamer ses études de droit, elle a œuvré pendant 15 ans au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). M^e^ Charron est diplômée de l'Université d'Ottawa (B.Sc. en biologie en 1974, M.B.A. en 1981 et LL.B. - avec grande distinction en 1992). M^e^ Charron est membre de l'Association canadienne des professeurs de droit, de l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario (AJEFO), ancienne vice-présidente de l'Association des femmes en communications (chapitre d'Ottawa) et ancienne directrice générale du Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada.

Andrew E. Fenus, Arb. C., a été nommé commissaire à temps plein en juillet 1994. Son mandat a été reconduit en 1999 pour cinq ans. Il était commissaire et arbitre provincial à la Commission de révision des loyers de l'Ontario de 1988 à 1994 où il occupait le poste de membre supérieur pour la région de l'Est. Monsieur Fenus est un arbitre certifié et membre de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada. Il est diplômé de l'Université Queen's (B.A. Hon. en 1972 et maîtrise en administration publique en 1977) et de l'Université McGill (maîtrise en bibliothéconomie en 1974).

RÉALISATIONS DE LA COMMISSION

FAITS SAILLANTS

En 1999-2000 la Commission a tenu deux audiences. La première portait sur la copie privée et a duré 17 jours au cours des mois d'août et de septembre 1999. La deuxième traitait du tarif 1.C des droits voisins (SRC-radio) pour les années 1998 à 2002 et a duré neuf jours durant les mois de novembre 1999, janvier et février 2000.

Au cours de l'exercice financier en question, la Commission a rendu quatre décisions d'importance majeure. Premièrement, le 13 août 1999, la Commission s'est penchée pour la première fois sur la question des droits voisins et a établi le montant des redevances que les stations de radio commerciales doivent verser aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrement sonores. Deuxièmement, le 27 octobre 1999, la Commission a étudié les questions d'ordre juridique soulevées par la transmission d'œuvres musicales sur Internet, ouvrant la voie à l'établissement d'un tarif pour réglementer ce type d'utilisation. Troisièmement, le 17 décembre 1999, elle a rendu une décision homologuant, pour la première fois, un tarif nécessitant le paiement de redevances (versées à la Société canadienne de perception de la copie privée) sur la vente de supports audio vierges afin de dédommager les auteurs, compositeurs, artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores admissibles pour la copie de leurs œuvres pour usage privé. Quatrièmement, le 25 février 2000, elle a homologué des tarifs pour une période de trois ans imposés aux entreprises de câblodistribution et autres retransmetteurs pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision. La Commission a aussi délivré 11 licences pour l'utilisation d'œuvres dont les titulaires de droits sont introuvables. Enfin 489 ententes ont été déposées à la Commission.

La Commission a, de plus, étudié d'autres dossiers et entendu diverses affaires contestées, certaines ayant nécessité de très longues audiences; les décisions seront rendues au cours du prochain exercice financier. Elle s'est également préparée pour les causes en instance qui seront entendues au cours des mois à venir, par la tenue d'audiences et la prise de décisions préliminaires.

En outre, la Commission a créé un site Web (www.cda-cb.gc.ca) où les intéressés peuvent trouver les tarifs proposés et homologués, la version intégrale de la *Loi sur le droit d'auteur* et de ses règlements, ainsi que divers renseignements sur les activités de la Commission.

EXÉCUTION PUBLIQUE DE LA MUSIQUE

Arrière-plan

Le régime prévu aux articles 67 et suivants de la *Loi* s'applique à l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication de la musique. La musique fait l'objet d'une exécution publique lorsqu'elle est chantée ou jouée dans un endroit public, soit dans une salle de concert, un restaurant, un stade de hockey, sur la place publique ou ailleurs. La musique est communiquée au public par télécommunication lorsqu'elle est transmise à la radio, à la télévision ou sur l'Internet. Les sociétés de gestion perçoivent auprès des utilisateurs les redevances prévues dans les tarifs homologués par la Commission.

Audiences

En 1999-2000, la Commission a tenu une audience sur l'exécution publique de la musique qui a duré neuf jours au cours des mois de novembre 1999, janvier et février 2000. Elle portait sur le tarif 1.C des droits voisins (Société Radio-Canada – radio).

Décisions de la Commission

La Commission a rendu trois décisions en 1999-2000. La première, datée du 30 juillet 1999, homologuait des tarifs non contestés qui, dans certains cas, reflétaient des ententes intervenues entre la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et des usagers. La deuxième, datée du 13 août 1999, homologuait le tarif 1.A des droits voisins portant sur la radio commerciale pour les années 1998 à 2002. La troisième, datée du 27 octobre 1999, traitait les questions d'ordre juridique reliées au tarif 22 de la SOCAN pour ce qui est de la musique sur l'Internet.

TARIF 1.A DES DROITS VOISINS (RADIO COMMERCIALE)

La Commission s'est penchée pour la première fois sur le régime dit des droits voisins mis en place en 1997. Désormais, les producteurs et artistes-interprètes bénéficient conjointement et chacun pour moitié d'un droit à rémunération pour l'exécution ou la communication d'enregistrements sonores admissibles publiés. Pour les enregistrements d'œuvres musicales, le droit à rémunération s'exerce par le truchement d'une société de gestion assujettie au régime de réglementation tarifaire déjà en place pour les sociétés qui gèrent le droit d'exécution et de télécommunication d'œuvres musicales.

Le pouvoir de la Commission d'homologuer un tarif s'accompagne de trois conditions. Celui-ci ne doit s'appliquer qu'aux enregistrements admissibles, ne doit pas désavantager certains utilisateurs en raison d'exigences différentes imposées par le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion et doit prévoir que le paiement des redevances soit fait en un versement unique. Certaines dispositions s'appliquent par dérogation aux tarifs homologués aux stations de radio.

La Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) et la Société de gestion des droits des artistes-musiciens (SOGEDAM) avaient déposé des projets de tarifs visant entre autres les stations de radio commerciales. L'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) s'est opposée aux projets et a participé aux audiences, qui ont duré 16 jours. Le 13 août 1999, la Commission homologuait le tarif visant les stations de radio commerciales pour les années 1998 à 2002.

L'importance du répertoire admissible et l'usage qu'en fait la radio commerciale

Seul l'enregistrement admissible faisant partie du répertoire d'une société de gestion ayant déposé un projet de tarif emporte le droit à rémunération. Presque tous les enregistrements sonores américains ne sont pas admissibles. Il fallait donc établir si la SCGDV et la SOGEDAM sont des sociétés de gestion et si elles représentent les titulaires dont elles se réclament, pour ensuite déterminer l'usage que la radio commerciale fait du répertoire admissible. La vraie difficulté était d'établir l'étendue du répertoire admissible qu'elles représentent, et partant, le statut des sociétés membres de la SCGDV.

Le dossier permettait de tenir pour acquis que la SCGDV détient la quasi-totalité des droits des producteurs. La situation n'était pas aussi simple à l'égard des droits des artistes-interprètes. La SCGDV gère ce que ses sociétés membres l'ont autorisée à gérer. La Société de gestion collective de l'Union des artistes (ArtistI) obtient systématiquement des cessions du droit à rémunération de la part des artistes-interprètes qu'elle représente. L'*American Federation of Musicians* (AFM) se fondait sur des modifications apportées à ses règlements administratifs. L'*ACTRA Performers' Rights Society* (APRS) s'en remettait à trois modifications aux règlements administratifs de sa «société mère», bien qu'elle ait aussi demandé et obtenu certains mandats. Par ailleurs, la SCGDV n'a cité aucun principe du droit des mandats permettant de croire qu'une association puisse s'approprier les droits voisins de ses membres par le biais de ses règlements administratifs, la Commission ajoutant qu'elle doutait qu'on puisse agir ainsi. Elle a donc conclu que les seuls droits des artistes-interprètes que la SCGDV détenait par le biais de l'APRS et de l'AFM étaient ceux de personnes ayant signé une cession, un contrat d'adhésion ou autre document qui aborde expressément la question du droit à rémunération.

La SCGDV était néanmoins autorisée à gérer le droit à rémunération de tous les artistes-interprètes éligibles. Artistes-interprètes et producteurs sont des créanciers solidaires ayant le droit de se faire payer la totalité de la dette. La SCGDV pouvait donc recevoir toute la rémunération à l'égard de chaque enregistrement dont elle représente le producteur. Comme la Commission avait déjà conclu que la SCGDV gère la quote-part des producteurs de pratiquement tous les enregistrements admissibles, elle était donc saisie de la quote-part revenant aux artistes-interprètes de ces enregistrements.

La SCGDV avait déposé une étude tendant à démontrer que le répertoire admissible représente 49,3 pour cent des enregistrements sonores utilisés par les stations de radio commerciale. L'ACR n'a pu en discréditer la méthodologie ou les conclusions. Compte tenu de cette étude et du fait que la SCGDV représente les producteurs d'au moins 95 pour cent des enregistrements admissibles, la Commission a conclu que 45 pour cent des enregistrements sonores utilisés par les stations de radio commerciales sont admissibles.

La politique canadienne en matière de radiodiffusion

La *Loi* stipule que le tarif ne peut avoir pour effet, en raison d'exigences différentes concernant la langue et le contenu imposées par le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion, de désavantager sur le plan financier certains utilisateurs. Le répertoire admissible occupe les trois quarts du temps d'antenne des stations de langue française, par opposition à la moitié pour les stations de langue anglaise. L'ACR demandait que les stations tenues d'utiliser une partie plus grande du répertoire admissible pour se conformer à cette politique puissent le faire gratuitement. La

Commission n'a pas retenu cette interprétation. La *Loi* n'exige pas que la Commission ignore l'impact du contexte réglementaire sur le niveau d'utilisation. Elle exige plutôt que certains utilisateurs ne soient pas désavantagés *par rapport à d'autres* à cause des exigences de la politique canadienne en matière de radiodiffusion. On y arrive si tous les utilisateurs faisant partie d'un groupe donné supportent également le fardeau découlant de cette politique. Le régime n'exige pas que les titulaires subventionnent l'industrie de la radio; il aurait été injuste d'agir ainsi.

La valeur des droits sur les enregistrements sonores

La Commission a d'abord rejeté les comparaisons mises de l'avant par la SCGDV afin de soutenir la proposition voulant que la valeur combinée des droits voisins soit d'au moins 12 pour cent. La comparaison fondée sur les coûts de programmation de stations de format musical par rapport à celles qui utilisent peu de musique a été rejetée : on ne peut prétendre que dans un marché libre, la musique enregistrée accessible à tous se vendrait au même prix que la programmation parlée ou l'information. Les comparaisons avec les redevances versées pour les disques compilations ou les bandes maîtresses servant, par exemple, aux *disc-jockeys* ont été rejetées au motif qu'elles concernent le droit de reproduire et non celui de diffuser.

L'ACR aurait retenu le tarif de la SOCAN comme point de départ, mais aurait réduit le taux à 0,7 pour cent, invoquant divers motifs que la Commission a rejetés. La Commission a écarté l'argument voulant que les droits voisins valent moins que les droits d'auteur; entre autres, la *Loi* n'établit pas d'ordre de priorité entre ces droits. Elle n'a pas retenu non plus l'argument voulant que les droits voisins soient généralement moins rémunérés que les droits d'auteur. Elle a refusé de tenir compte du fait qu'artistes-interprètes et producteurs bénéficient du temps d'antenne qui leur est accordé, s'agissant là d'un cas parmi d'autres de rapport symbiotique entre deux industries, sans lien direct avec le prix. Elle a fait de même avec l'argument portant que les stations de radio contribuent à l'industrie du disque.

La Commission a néanmoins retenu le tarif de la SOCAN comme point de départ. Les deux tarifs traitent d'un usage similaire dans un marché similaire. Le tarif SOCAN est en place depuis un bon moment; il s'agit d'un prix que la Commission ne peut ignorer. Le tarif actuel donne suite à une entente, malgré le fait que la SOCAN continue de soutenir qu'il est trop bas et que l'ACR prétende le contraire.

Restait à déterminer si le taux de 3,2 pour cent devrait être rajusté. Les arguments favorisant une baisse ayant déjà été examinés, la Commission a conclu que la preuve voulant que l'apport des artistes-interprètes aux stations de radio est plus important que celui des auteurs était tout au plus anecdotique et impressionniste et pourrait servir tout aussi bien à établir le contraire. La Commission a donc fixé le taux payable par la plupart des stations commerciales pour les droits voisins à 45 pour cent du taux de la SOCAN, soit 1,44 pour cent en général et 0,63 pour cent pour les stations ayant droit au statut de petit utilisateur pour les fins du tarif de la SOCAN. Elle a aussi établi un tarif de 100 $ par mois pour les stations n'utilisant pas d'enregistrements sonores admissibles à part la musique de production.

Le tarif ainsi homologué aurait entraîné le versement de 11,29 millions de dollars en 1997 (seules données disponibles lors de l'audience). Vu le traitement préférentiel accordé par la *Loi* à la partie des recettes publicitaires ne dépassant pas 1,25 million de dollars, ces redevances sont ramenées à 5,68 millions de dollars et les mesures transitoires prévues à la *Loi* les ramènent à 1,89 million de dollars en 1998 et à 3,78 millions de dollars en 1999.

Une société de perception unique

La SCGDV désirait percevoir toutes les redevances exigibles en vertu du tarif. La SOGEDAM demandait de percevoir la part qui revient à ses membres. La Commission a fait droit à la demande de la SCGDV pour des motifs juridiques et pratiques. Elle a d'abord conclu que l'exigence du versement unique l'oblige à désigner une seule entité responsable de la perception des redevances pour l'ensemble du répertoire. Le risque que la SCGDV pourrait utiliser son statut pour tenter d'amener la SOGEDAM à accepter certaines règles de distribution qui sont à l'origine même de la création de cette dernière est une question relevant au premier chef du Commissaire de la concurrence.

Par ailleurs, l'interprétation que la Commission retient du principe du versement unique rendait impossible d'exiger que les utilisateurs versent sa quote-part à la SOGEDAM. Qui plus est, la Commission a conclu qu'elle ne pouvait se substituer aux co-créanciers pour établir la façon dont ils entendent répartir le produit des redevances entre eux, rien dans la *Loi* ne permettant de conclure que la Commission a le pouvoir de fixer la quote-part de la SOGEDAM en tant qu'accessoire nécessaire à l'établissement du tarif des droits voisins.

TARIF 22 DE LA SOCAN (MUSIQUE SUR L'INTERNET)

Les projets de tarifs de la SOCAN pour les années 1996 à 1998 incluent un article 22, dont la principale cible est l'Internet. Certaines des oppositions à cet article suscitaient des problèmes d'ordre préliminaire. La Commission a donc choisi de tenir les audiences en deux phases. Le 27 octobre 1999, après 11 jours d'audience, la Commission rendait sa décision sur les activités relatives aux transmissions par Internet qui peuvent entraîner la responsabilité, sur l'applicabilité de la dérogation prévue à l'alinéa 2.4(1)*b*) de la *Loi* et sur les circonstances dans lesquelles les communications par Internet peuvent avoir lieu au Canada.

Ceux en faveur du tarif ont soutenu qu'une communication au public a lieu lorsque l'utilisateur final peut accéder à une œuvre musicale, à partir d'un ordinateur connecté à un réseau et que pratiquement tous ceux qui font partie de la chaîne de transmission de l'Internet sont responsables de la communication. Ceux qui s'y opposent ont soutenu que les transmissions sur l'Internet représentent une reproduction de données, et non une communication par télécommunication, que des transmissions non simultanées et sur demande ne sont pas des communications au public, que ce que l'on communique n'est pas une œuvre musicale ou une partie importante de l'œuvre, et que de toute façon, certaines personnes pourraient se prévaloir de l'alinéa 2.4(1)*b*) de la *Loi*.

Essentiellement, l'Internet est un réseau de télécommunications servant à transmettre des fichiers contenant des données, y compris de la musique au sens courant de ce terme. Pour qu'il y ait transmission, il faut, premièrement, que le fichier soit enregistré sur un serveur accessible sur l'Internet, deuxièmement, qu'à la demande du destinataire et au moment fixé par celui-ci, le fichier soit divisé en paquets et transmis du serveur hôte au serveur du destinataire, à travers un ou plusieurs routeurs, et troisièmement, que le destinataire, habituellement à l'aide d'un ordinateur, puisse reconstituer et ouvrir le fichier dès réception ou l'enregistrer en vue de son ouverture ultérieure; dans l'un et l'autre cas, il y a reproduction du fichier, encore une fois au sens courant de ce terme.

Dans sa décision, la Commission analyse ce qui se produit sur l'Internet dans l'optique du droit. Ses conclusions peuvent se résumer dans les termes suivants :

- Une œuvre musicale n'est pas communiquée au moment où elle est rendue disponible sur un serveur, mais au moment où un serveur contenant l'œuvre répond à une demande et qu'il y a transmission de paquets;

- Il n'est pas nécessaire qu'une communication soit instantanée ou simultanée pour être une communication au public;

- En rendant une œuvre disponible, une personne autorise sa communication; cette même personne la communique au moment où elle est transmise à partir d'un serveur;

- Les personnes qui peuvent invoquer l'alinéa 2.4(1)*b*) de la *Loi* ne communiquent pas l'œuvre; il s'agit généralement des ISP et des personnes exploitant les routeurs, serveurs antémémoire et sites miroirs. Elles ne peuvent invoquer la disposition si elles ne se confinent pas à un rôle d'intermédiaire;

- L'utilisation d'un hyperlien intégré implique l'autorisation de communiquer, mais non celle d'un lien que l'utilisateur doit activer;

- La communication a lieu au site du serveur à partir duquel l'œuvre est transmise. La communication mise en branle par un hyperlien intégré a lieu au site auquel le lien conduit.

Les conclusions qui précèdent dérivent des propositions suivantes.

Les transmissions sur l'Internet sont des communications. Communiquer c'est faire connaître ou transmettre des renseignements. Une œuvre musicale est une information, communiquée lorsque des paquets de données sont transmis de telle façon qu'une fois ces paquets rassemblés, il est possible de l'acheminer au destinataire ou de la lui faire connaître.

Les transmissions sur l'Internet sont des communications par télécommunication. Une télécommunication, c'est toute transmission de renseignements par système électromagnétique.

Le caractère public ou privé d'une communication sur l'Internet découle de principes juridiques établis. Les expressions comme «en public» et «au public» doivent être interprétées suivant une appréciation réaliste des effets de l'essor technologique et d'une manière compatible avec le sens courant de l'expression, c'est-à-dire de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous. En conséquence, une communication destinée à être captée par un segment du public individuellement au foyer est une communication au public.

Il n'est pas nécessaire qu'une communication soit instantanée ou simultanée pour être une communication au public. Communiquer est faire connaître, qu'il y ait simultanéité ou non. Le caractère privé ou public de la communication doit être apprécié par rapport aux destinataires ciblés et non au laps de temps. La Commission s'est refusée à voir dans certaines décisions de la Cour fédérale l'exigence qu'une communication soit faite simultanément; une telle interprétation pourrait rendre inefficace toute la législation canadienne relative au droit d'auteur dans le monde des télécommunications, en soustrayant à la protection du droit d'auteur toutes les futures réalisations en interactivité, en adressabilité et en transmission sur demande.

L'œuvre musicale peut être communiquée par télécommunication sur l'Internet. Les diverses opérations et technologies auxquelles il faut recourir pour rendre la musique disponible sur l'Internet (compression, division en paquets) ne signifient pas que les œuvres musicales ne sont pas communiquées sur l'Internet. Toute autre interprétation ferait en sorte qu'il serait impossible de communiquer une œuvre musicale par transmission numérique : les

stations de radio n'auraient plus à verser de redevances à la SOCAN dès qu'elles auraient adopté la technologie numérique. Toutes ces opérations ont lieu en raison uniquement des exigences techniques de l'Internet; l'expérience du destinataire n'en est pas altérée.

Une œuvre est communiquée non pas au moment où elle est rendue disponible, mais au moment où elle est transmise. La jurisprudence antérieure permet de dégager trois principes pertinents. Premièrement, une communication au public a lieu chaque fois qu'une personne du public utilise un navigateur pour avoir accès à l'œuvre sur l'ordinateur d'origine. Deuxièmement, une œuvre est communiquée au public même si elle n'est transmise qu'une seule fois, pourvu qu'elle soit accessible à un segment du public. Troisièmement, la communication a lieu au moment où l'œuvre est transmise, qu'elle soit écoutée dès réception ou non, qu'elle soit enregistrée en vue d'une écoute ultérieure ou qu'elle ne soit jamais écoutée.

C*'est la personne qui a mis une œuvre à disposition qui la communique.* Le fait que cela se réalise à la demande du destinataire ou par l'intermédiaire d'un tiers ne change rien au fait que le fournisseur de contenu est l'auteur de la communication. Si la communication est automatisée, c'est pour répondre à des exigences techniques; cela n'est donc pas pertinent. La personne qui programme un télécopieur pour transmettre un message pendant son sommeil est néanmoins l'auteur de la communication.

Les personnes qui peuvent invoquer l'alinéa 2.4(1)b) de la Loi ne communiquent pas l'œuvre; il s'agit généralement des ISP et des personnes exploitant les routeurs, serveurs antémémoire et sites miroirs. N'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue. Les opposants au tarif affirmaient que seuls l'expéditeur et le destinataire participent à la communication du point de vue juridique; ceux qui appuient le tarif soutenaient que l'alinéa s'applique seulement à la fourniture des installations matérielles utilisées par autrui pour communiquer une œuvre au public mais non la connectivité ou d'autres services. La Commission a conclu que le mot «moyens» englobe les logiciels de connexion, les services assurant la connectivité, l'hébergement et autres services sans lesquels la communication n'aurait pas lieu, tout comme l'équipement de commutation, le logiciel et les autres installations qui font partie de l'infrastructure d'une entreprise de télécommunications permettant la transmission d'informations. L'ISP qui assure des services accessoires à la fourniture des moyens de communication ou prend certains moyens (comme la mise en antémémoire) pour améliorer la performance peut aussi invoquer la disposition. Tant que son rôle relativement à une transmission donnée est limité à la fourniture des moyens nécessaires à la transmission de données provenant d'autrui, et tant que les services accessoires ne vont pas jusqu'à la participation à la communication de l'œuvre ou à l'autorisation de sa communication, il convient de lui accorder le bénéfice de l'exemption. D'une façon générale, seule la personne qui rend disponible une œuvre musicale communique celle-ci.

Cela dit, *il n'est pas toujours loisible aux ISP d'invoquer l'exemption,* ne pouvant le faire qu'à l'égard des communications dans lesquelles ils se limitent à agir à titre d'intermédiaires. La responsabilité de l'ISP qui rend disponible du contenu, se joint à d'autres pour le faire, crée des liens intégrés, anime un groupe de discussion ou fait obstacle à tout moyen d'obtenir des renseignements quant au nombre d'«occurrences» ou d'«accès» au matériel mis en antémémoire, doit être évaluée selon les règles générales qui régissent la responsabilité en matière de droit d'auteur.

Quiconque rend une œuvre disponible au public sur un serveur se trouve à en autoriser la communication. L'«autorisation» constitue une

utilisation protégée distincte. Autoriser, c'est sanctionner, appuyer et soutenir. La personne qui rend l'œuvre disponible ne fait pas que fournir les moyens d'assurer la communication de l'œuvre; elle demande à son ISP de la transmettre sur demande. Elle prétend être habilitée à l'affecter à l'utilisation à laquelle elle est destinée. Certes, les tribunaux ont refusé de conclure que le fait de fournir du matériel ou des moyens susceptibles d'être utilisés pour porter atteinte au droit d'auteur ne constitue pas un acte d'autorisation. Cela dit, les fournisseurs de contenu ne fournissent pas des outils pour qu'il puisse y avoir utilisation; ils fournissent l'œuvre. Ils déterminent le contenu. Ils décident si le site comprendra des œuvres musicales. Ils les choisissent. Ils savent et prévoient que les fichiers qu'ils rendent disponibles serviront à permettre une utilisation qui est protégée si l'œuvre n'est pas tombée dans le domaine public; en fait, dès qu'elle est rendue disponible, la musique protégée ne peut être utilisée sans violation du droit d'auteur.

La personne qui crée un hyperlien automatique ou intégré vers une œuvre autorise la communication de l'œuvre à partir du site visé par le lien, mais pas celle qui fournit un lien qui doit être activé par l'utilisateur. En soi, la création d'hyperliens n'implique pas la communication publique de quelque œuvre comprise dans les sites visés par les liens. Dans leur forme la plus simple, les hyperliens représentent une liste électronique d'adresses. Toutefois, le fournisseur de contenu qui inclut dans une page Web un lien automatique chargé d'effectuer la transmission d'une œuvre musicale vers le destinataire, sans autre intervention de la part de ce dernier, se présente comme responsable du matériel qui se trouve sur les sites chaînés et en autorise donc la communication.

Pour que la communication se produise au Canada, il faut qu'elle provienne d'un serveur situé au Canada sur lequel le fichier se trouve. Une communication se produit là où la transmission provient. Le lieu d'origine de la demande, la situation de la personne qui rend disponible le contenu et la situation du site Web initial n'ont aucun rapport. Le droit d'autoriser ne doit être obtenu de la personne qui administre le droit au Canada que lorsque l'information se trouve sur un serveur canadien, et le droit de communiquer ne doit être obtenu de cette même personne que lorsque la transmission provient d'un serveur situé au Canada. La communication mise en branle par un hyperlien intégré se produit sur le site visé par le lien. Par conséquent, la personne qui crée un lien intégré vers un site étranger à partir d'un site canadien n'est pas tenue d'obtenir une licence de la SOCAN. Lorsqu'une transmission passe par une antémémoire, la communication se produit au lieu du site à partir duquel l'antémémoire a à l'origine obtenu les données. L'antémémoire, à l'instar du routeur, ne constitue qu'un élément intrinsèque de l'Internet. Cela contraste avec les sites miroirs, dont l'existence est connue et agréée par le fournisseur de contenu.

Les participants ont soulevé d'autres questions que la Commission a examinées séparément. Entre autres, la Commission a conclu que la SOCAN administre le droit d'autoriser une communication tout autant que le droit de communiquer. La Commission a aussi conclu qu'elle pouvait procéder à l'examen du tarif déposé. Elle doit homologuer un tarif dès lors qu'une des activités envisagées constitue une communication au public par télécommunication ou l'autorisation d'une telle communication. Qui plus est, il n'est pas nécessaire que le tarif précise qui doit payer. Il suffit qu'il précise l'utilisation qui est visée et le prix applicable à cette utilisation. Cela a été fait de façon satisfaisante en l'espèce.

[NOTE : La SOCAN a déposé une requête en révision judiciaire de cette décision le 26 novembre 1999 auprès de la Cour fédérale d'appel.]

RETRANSMISSION DE SIGNAUX ÉLOIGNÉS

Arrière-plan

La *Loi* prévoit le versement de redevances par les câblodistributeurs et autres retransmetteurs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio. La Commission fixe le montant de ces redevances et les répartit entre les sociétés de gestion représentant les titulaires de droit d'auteur dans les œuvres ainsi retransmises.

Décisions de la Commission

À la demande de la Société de perception de droit d'auteur du Canada, et avec l'assentiment de tous les intéressés, la Commission a adopté dans une décision provisoire datée du 21 décembre 1999, à titre de tarifs provisoires des droits à verser pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision pour l'an 2000, des tarifs semblables à ceux homologués par la Commission pour l'année 1999, également de façon provisoire.

Le 25 février 2000, la Commission homologuait les tarifs visant la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision pour 1998, 1999 et 2000. Les audiences, qui ont duré 12 jours en octobre 1998, ont porté uniquement sur les signaux de télévision, une entente ayant été conclue pour les signaux de radio. La décision fut retardée par un certain nombre de facteurs, dont la réouverture du dossier suite à une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) ordonnant à tous les retransmetteurs canadiens de diffuser le réseau francophone TVA.

De larges volets du tarif télévision avaient eux-mêmes fait l'objet d'une entente, de sorte que les questions en litige étaient relativement peu nombreuses.

A. Rabais pour les systèmes SRD

Les retransmetteurs qui desservent les marchés francophones ont droit à un rabais de 50 pour cent. Ce rabais tient compte du fait que les Québécois reçoivent moins de signaux éloignés, que la majorité de ces signaux sont de langue anglaise et que l'écoute de signaux éloignés au Québec est plus faible que dans le reste du Canada. Tous les signaux que retransmet un système SRD sont distants pour tous les abonnés. Malgré tout, Bell ExpressVu a demandé que ces systèmes aient droit à un rabais semblable pour tous ceux qui s'abonnent au service de base en français, essentiellement au motif que les quatre stations montréalaises offertes avec ce service sont des signaux locaux «virtuels» pour la vaste majorité des abonnés québécois.

La Commission a conclu qu'on n'avait pas su justifier un rabais. Les systèmes SRD bénéficient déjà de la structure tarifaire, conçue de façon à ne pas léser les systèmes diffusant de nombreux signaux éloignés. Qui plus est, le service de base offert aux abonnés au SRD est plus limité et coûte moins cher que le service correspondant offert aux abonnés au câble; il est donc juste de dire que les abonnés au SRD s'abonnent principalement à des signaux qui les intéressent. Le fait que ces signaux puissent être qualifiés de «virtuellement locaux» n'amoindrit pas leur valeur pour Bell ExpressVu et ses abonnés.

La Commission n'a pas non plus fait droit à une demande de réduction qui tienne compte des montants que Bell ExpressVu verse aux radiodiffuseurs locaux. Ces sommes indemnisent les radiodiffuseurs locaux de la perte de l'exclusivité de programmation et aident à maintenir la valeur des signaux éloignés.

B. Compilation des radiodiffuseurs

La Commission a réexaminé toutes les questions soulevées concernant l'existence et la valeur du droit de compilation dans la journée de diffusion. Elle a d'abord rejeté les arguments mettant en doute le fondement juridique du droit, en concluant que de récentes modifications à la *Loi* accordent aux radiodiffuseurs de nouveaux droits sur leurs signaux, distincts de ceux qu'ils continuent d'avoir sur leurs œuvres, et écartant, pour les motifs exposés dans des décisions antérieures, les arguments soulevés à cette époque. Toujours pour les motifs exposés dans des décisions antérieures, la Commission a écarté les arguments visant à tenir compte de la valeur des compilations par une augmentation des droits.

Par ailleurs, les compilateurs demandent à la Commission d'abandonner la méthode d'évaluation adoptée en 1996 en faveur d'une méthode nouvelle qui aurait fait passer de 0,67 pour cent à entre 10 et 15 pour cent leur part de redevances.

Les compilateurs prétendaient que, puisque l'écoute des compilations et des émissions existe en parallèle, la même proportion des compilations et des émissions disponibles est consommée. La Commission a tranché en décidant que les compilations et les émissions ne peuvent être comparées et évaluées selon les mêmes critères parce que les premières sont intrinsèquement différentes en substance et sont peu nombreuses. Les compilateurs soulignaient aussi que la part attribuable aux compilateurs dans l'ensemble diminue au fur et à mesure que le nombre de compilations augmente. La Commission n'y vit rien de répréhensible. Comme le nombre de compilations disponibles augmente, leur importance pour les spectateurs relativement aux émissions diminue; les émissions individuelles retiennent de plus en plus l'attention des spectateurs.

Les témoins des compilateurs avaient mis au point un indicateur substitutif afin de mesurer la valeur des deux composantes clés des compilations : le choix des émissions et leur mise à l'horaire. L'indicateur provient de recherches antérieures sur l'effet du débordement (la contribution des spectateurs déjà à l'écoute, à l'écoute de l'émission à la case horaire suivante) et de la publicité sur la cote d'écoute d'émissions individuelles. La Commission a identifié des faiblesses importantes dans cette analyse. Ainsi, les données n'avaient trait qu'aux heures de grande écoute, aux États-Unis, sur des signaux locaux et éloignés diffusant les six réseaux américains, alors que la Commission doit établir une valeur pour toute la journée de radiodiffusion, au Canada, sur des signaux éloignés uniquement, ce qui vise tous les signaux américains et canadiens, réseaux ou non. De même, personne n'est en mesure de dire si la valeur attribuable au débordement doit être imputée à la première ou à la deuxième émission, ou à la compilation, ou encore si la publicité a la même valeur que l'une ou l'autre des activités de compilation. Enfin, l'analyse n'examine pas l'incidence du débordement et de la publicité sur les tarifs des câblodistributeurs, le roulement des abonnés ou l'écoute. L'écoute étant constante depuis des années, l'effet qu'un compilateur peut exercer est avant tout aux dépens d'un autre compilateur, – ce qui n'a absolument aucune importance pour les câblodistributeurs qui diffusent un grand nombre de canaux.

C. Proposition d'une nouvelle méthode de répartition

Règle générale, les redevances pour la retransmission sont réparties conformément à une méthode hybride. On divise d'abord les redevances en deux cagnottes en fonction du nombre de signaux éloignés canadiens ou américains reçus, puis on répartit les redevances dans chaque cagnotte en fonction de la part d'écoute attribuable à chaque émission. Au fil des ans, on a tenté de convaincre la Commission

que certaines émissions devraient bénéficier d'une prime par rapport à leur cote d'écoute; toutes ces tentatives ont échoué.

La FWS, qui représente les ligues de sports majeures à l'exception du baseball, a proposé que les redevances soient divisées en cagnottes représentant chaque catégorie d'émissions, selon les résultats d'un sondage effectué auprès des câblodistributeurs sur la valeur relative des diverses catégories d'émissions sur les signaux éloignés. Chaque cagnotte serait ensuite répartie en fonction des données d'écoute. Selon cette façon de procéder, la FWS aurait touché 14 fois plus de redevances que selon la formule actuelle.

La FWS s'est fondée sur un sondage visant à donner une idée de la valeur que les câblodistributeurs attribuent à différentes émissions. Elle a aussi produit une preuve des prix plus élevés qu'il faut verser pour les émissions de sport dans d'autres marchés, de l'impact de l'acquisition par le réseau Fox des droits de la Ligue nationale de football pour 1994 sur la volonté des câblodistributeurs d'offrir le signal et des décisions du *Copyright Arbitration Royalty Panel* américain qui accordent aux sports une valeur supérieure à celle découlant de leur part d'écoute.

La Commission a écarté les résultats du sondage pour plusieurs motifs. Les câblodistributeurs ne procèdent pas régulièrement à ce type d'évaluation et n'ont pratiquement pas le choix des signaux qu'ils diffusent sur le volet de base. Le sondage se fonde sur des hypothèses non valides. L'analyse des résultats n'a pas tenu compte de la substitution de signaux identiques. Enfin, le sondage a donné certains résultats clairement absurdes, les émissions religieuses obtenant, par unité d'écoute, 20 fois les redevances des émissions dramatiques, et le basketball, 17,5 fois celles du hockey.

La Commission a rejeté, comme par le passé, la preuve des prix payés pour les émissions comme facteur à retenir dans la répartition, se fondant sur les mêmes raisons pour rejeter l'utilisation de la preuve portant sur l'incidence de l'achat des droits de la NFL par FOX, en 1994. Elle a répété que l'expérience américaine est peu utile à cause des différences fondamentales entre les régimes de retransmission américain et canadien.

La Commission s'en est donc tenue à sa méthode hybride. Cette méthode mesure l'écoute réelle des émissions diffusées sur des signaux éloignés au Canada, constitue une façon objective et équitable de répartir les redevances parmi les titulaires et évite les inconvénients et les inexactitudes possibles des tentatives de jauger l'appréciation subjective de ces émissions par les câblodistributeurs. La Commission estime toujours que, au sein des deux groupes de signaux éloignés canadiens et américains, l'écoute constitue la mesure de l'utilisation, et par conséquent de la valeur, la plus équitable.

La Commission a opiné que les efforts visant à répartir les redevances en fonction de la valeur des émissions sur signaux éloignés pour les câblodistributeurs pourraient découler d'une interprétation erronée d'un passage de la décision de 1990 de la Commission, qui peut laisser l'impression qu'idéalement la valeur des émissions sur signaux éloignés pour les câblodistributeurs devrait être la mesure de choix. La Commission a clairement exprimé l'opinion contraire, réitérant que, pour les fins de la répartition, la mesure la plus appropriée est la valeur pour les abonnés.

En bout de piste, la Commission a rejeté l'ensemble de la méthode d'évaluation de la FWS pour des raisons de principe plutôt que de méthodologie. En premier lieu, le prix payé pour les émissions de sport est fonction de facteurs économiques qui ont peu à voir avec les droits de retransmission. En deuxième lieu, un supplément est payé pour les émissions de sport parce que celles-ci attirent une catégorie de spectateurs précieuse pour certains annonceurs sur le marché des signaux locaux et non éloignés. En troisième lieu, le pouvoir d'achat

n'est pas un moyen approprié de répartir les redevances; l'écoute par tous les groupes démographiques devrait compter de façon égale.

D. Rabais pour le signal TVA

Une douzaine de systèmes faisaient face à une augmentation de leurs redevances parce que tenus par le CRTC d'offrir le signal TVA. Ces systèmes reçoivent ce qu'on appelle le signal TVA de l'Est, soit le signal terrestre de CFTM modifié par TVA à la demande des annonceurs ou pour substituer certains messages d'intérêt public. Les systèmes de câblodistribution canadiens de l'Ouest peuvent choisir ce qu'on appelle le signal TVA de l'Ouest, identique au signal de l'Est mais en différé de trois heures. Il fallait déterminer si le service TVA est un signal pour l'application du régime de la retransmission lorsqu'il est livré de cette façon.

Dans une décision antérieure, la Commission avait tranché quatre aspects du régime de la retransmission pertinents en l'espèce. Premièrement, pour être un «signal», un service doit être transmis à titre gratuit dans son marché local. Deuxièmement, un signal demeure toujours un signal, sans égard à la technologie utilisée pour le fournir à l'extérieur de ce marché. Troisièmement, il n'importe pas non plus que le signal retransmis ne soit pas identique au signal transmis par la station terrestre. Quatrièmement, les conditions prévues par le régime de la retransmission ont trait à la retransmission du signal par le câblodistributeur, et non à l'état du signal lors de sa réception par ce dernier.

La Commission a dit continuer de croire que cette analyse est correcte. Par conséquent, les services TVA de l'Est et de l'Ouest sont des «signaux» pour l'application du régime, que quiconque (notamment le radiodiffuseur) les modifie ou non, et peu importe que le signal soit reçu par le retransmetteur en même temps que sa diffusion originale. La Commission a par ailleurs jugé peu convaincants les autres arguments juridiques et de politique publique soulevés par les participants à l'encontre de cette conclusion.

La Commission a ensuite conclu que l'incidence financière de l'ordonnance du CRTC était favorable à TVA et à sa stratégie nationale en imposant un fardeau aux retransmetteurs en cause. Pour suppléer au manque de stations locales affiliées, des retransmetteurs réticents et qui ne sont en rien indemnisés pour le rôle qu'ils jouent ont été mis à contribution.

Selon la Commission, le rabais accordé pour la distribution de TVA comme unique signal éloigné dans les marchés non francophones devrait être beaucoup plus élevé que celui accordé aux marchés francophones. En premier lieu, le rabais envisagé s'applique uniquement à TVA et non à tout un marché. En deuxième lieu, les francophones représentent deux pour cent ou moins de la population dans les zones en cause. En troisième lieu, puisqu'une part importante des émissions de TVA sont produites par celle-ci et lui appartiennent, il n'est pas déraisonnable d'en compenser la valeur par la valeur que TVA obtient du fait de la distribution de son signal dans ses marchés étendus. Compte tenu de ces facteurs, la Commission a fixé le rabais à 95 pour cent.

Le reste de la décision traite d'une réduction convenue de la part de la SOCAN, de la répartition finale, de dispositions transitoires tenant compte des changements dans cette répartition et de diverses questions d'ordre administratif. À cet égard, la Commission a convenu de modifier les dispositions relatives à la confidentialité mais refusé à plusieurs égards de modifier le libellé du tarif de la façon dont les participants l'avaient demandé, au motif que ces demandes étaient soit mal informées, soit inutiles.

[NOTE : La FWS a déposé une requête en révision judiciaire de cette décision le 29 mars 2000 auprès de la Cour fédérale d'appel.]

COPIE POUR USAGE PRIVÉ

Arrière-plan

Le 19 mars 1998, la partie VIII de la *Loi* qui porte sur la copie privée est entrée en vigueur. Jusque-là, la reproduction d'un enregistrement sonore constituait dans presque tous les cas une violation du droit d'auteur, mais en pratique, cette interdiction était pour ainsi dire inapplicable. La modification apportée à la *Loi* a légalisé la copie d'enregistrements sonores d'œuvres musicales sur un support audio pour l'usage privé de la personne qui fait la copie (la «copie pour usage privé» ou encore, tout simplement, «copie privée»). La modification de la *Loi* a aussi prévu l'imposition d'une redevance sur les supports audio vierges, laquelle vise à rémunérer les auteurs, artistes-interprètes et producteurs titulaires d'un droit d'auteur sur ces enregistrements sonores utilisés pour faire de la copie privée.

La redevance est exigée des fabricants et importateurs de supports audio vierges sur la vente ou l'aliénation de ces supports au Canada. Elle est fixée par la Commission et versée à un seul organisme de perception désigné par la Commission. Le régime prévoit une exemption à l'égard de toute entité représentant des personnes ayant une déficience perceptuelle.

Audience

Une audience de 17 jours a eu lieu au cours des mois d'août et septembre 1999 sur la copie privée.

Décision de la Commission

Le 17 décembre 1999, la Commission homologuait le tarif après avoir reçu plus de 3 000 oppositions et lettres de commentaires. Participèrent aux audiences la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), agissant au nom des sociétés ayant déposé des projets de tarif, la *Canadian Storage Media Alliance* (CSMA), représentant les grands importateurs de supports audio vierges, la *Independent Canadian Recording Media Coalition* (ICRMC), coalition de petits fournisseurs de supports audio vierges, de personnes et églises s'opposant à l'application de la redevance aux supports que les églises utilisent pour l'exercice de leur ministère, ainsi que d'autres intéressés.

La SCPCP demandait une redevance, pour chaque période de 15 minutes de temps d'enregistrement disponible, de 20 ¢ pour les supports analogiques, 39 ¢ pour les minidisques, les bandes audionumériques (DAT), les CD-R audio et les CD-RW audio et 9 ¢ pour les CD-R et les CD-RW. La CSMA aurait plafonné la redevance à trois pour cent du prix de gros pour les cassettes audio et un pour cent dans le cas des CD enregistrables, tout en s'opposant à toute redevance dans le cas des CD enregistrables ordinaires. Deux opposants soutenaient que la loi était inconstitutionnelle. D'autres protestèrent contre le fait que le régime s'applique à eux pour des motifs qui sont passés en revue plus loin.

Questions juridiques

La Commission a d'abord décidé qu'elle pouvait se prononcer sur les questions constitutionnelles et sur celles relatives à la *Charte*, au motif qu'elle est implicitement habilitée à trancher des questions de droit générales. Elle a ensuite conclu que le régime de copie privée constitue une législation valide en matière de droit d'auteur. Il prévoit le paiement d'une rémunération aux titulaires de droits à l'égard d'une activité mettant en cause l'utilisation d'un objet qui est bel et bien visé par le droit d'auteur. Il existe un lien manifeste entre l'activité, le montant de la rémunération et les

marchandises assujetties à la redevance. Le rôle que joue la Commission permet d'établir, entre l'activité, le support et la redevance, une relation aussi forte qu'il est humainement possible.

La Commission a aussi conclu que la redevance pour la copie privée ne constitue pas une taxe illégalement adoptée. Il s'agit plutôt d'une charge obligatoire imposée conformément à un régime de réglementation. Elle assure un paiement, en lieu et place d'une *royalty*, visant à compenser la reproduction d'œuvres protégées par suite de la légalisation de la copie privée.

Enfin, la Commission a rejeté l'argument portant que le régime nuit à la diffusion des Évangiles par les adeptes du mouvement chrétien évangélique et est discriminatoire. Ses répercussions sur les organisations religieuses seront probablement peu importantes. Il n'impose à aucun groupe une charge qu'elle n'impose pas à d'autres ni ne restreint les possibilités de qui que ce soit. Enfin, le régime n'est pas susceptible de menacer la participation pleine et entière de qui que ce soit dans la société canadienne.

La capacité de la SCPCP de se réclamer de tout le répertoire admissible

La «chaîne de titres», ainsi qu'on l'a parfois appelée, soulevait deux questions. D'abord, la Commission est-elle dûment saisie de la question de la copie privée? En deuxième lieu, dans quelle mesure le répertoire admissible peut-il donner lieu à rémunération?

Pour répondre à la première question, il fallait savoir si c'étaient bien des sociétés de gestion en matière de copie privée qui avaient déposé les projets de tarifs. La Commission a conclu que oui. Le dépôt d'un projet de tarif n'est valable que si la société qui y procède a déjà été autorisée par certains titulaires à agir pour leur compte et à ce titre. Cependant, l'autorisation peut être obtenue au moyen de toute méthode implicite ou explicite reconnue par les règles de droit privé, y compris les règles régissant le mandat implicite ou le mandat par ratification.

Sur le deuxième point, la Commission a conclu que les tarifs homologués doivent tenir compte de tous les objets admissibles à l'égard desquels des projets ont été valablement déposés. La Commission s'est dite convaincue qu'à la date du dépôt des projets de tarif, les sociétés avaient obtenu un nombre suffisant d'autorisations pour représenter chaque type possible d'objets de droit d'auteur faisant partie du répertoire admissible.

L'importance du répertoire admissible servant à la copie privée

Jusqu'à ce que le ministre émette une déclaration étendant ce bénéfice à d'autres, seuls les interprètes et producteurs canadiens ont droit à une part de la redevance. Dans le but d'établir la part du répertoire qui se qualifie à ce titre, la Commission a utilisé la moyenne simple d'une étude de temps d'antenne et d'une analyse des ventes d'enregistrements. Elle a conclu que 28 pour cent de la copie privée est faite à partir du répertoire des artistes-interprètes admissibles, 23 pour cent à partir de celui des producteurs admissibles, et 96 pour cent à partir de celui des auteurs admissibles.

Qu'entend-on par «habituellement utilisé par les consommateurs»

Seuls les supports habituellement utilisés par les consommateurs pour faire de la copie privée sont assujettis à la redevance. Selon la SCPCP, cela comprend tout support régulièrement, couramment ou normalement utilisé pour la copie privée. La CSMA prétendait que la redevance vise uniquement les supports qui sont le plus souvent utilisés pour la copie privée, ce qui exclurait ceux (comme les minidisques) dont la part du marché est marginale, même si la plupart ou la totalité de ceux-ci sont utilisés à cette fin.

Est «habituel» tout ce qui est régulier, normal ou ordinaire ou encore tout ce qui se répète. Ce qui confère à un événement ou à une situation son caractère habituel n'est pas nécessairement la quantité, mais plutôt la régularité. Pour être habituelle, l'utilisation d'une résidence secondaire ne doit pas nécessairement être fréquente, mais plutôt régulière. L'objet du régime a une importance primordiale pour l'interprétation d'une notion aussi fluide que celle que véhicule le mot «habituel». Un des objets du régime consiste à légaliser la copie privée. Un autre est de compenser adéquatement les titulaires de droits. Une interprétation trop restrictive enlève toute signification au régime.

De ces propositions découlent certains principes. Premièrement, l'utilisation habituelle comprend tous les emplois non négligeables. Deuxièmement, un support peut se prêter à plus d'une utilisation habituelle. Troisièmement, étant donné que la définition renvoie à l'utilisation habituelle *par les consommateurs*, l'analyse doit porter sur ces derniers à l'exclusion des autres.

Conséquemment, la Commission conclut que toutes les cassettes audio d'une durée d'au moins 40 minutes sont assujetties au régime, toute autre durée ne convenant pas à la copie privée. Aucune distinction n'est établie entre les cassettes de type I (à polarisation normale) et les autres cassettes. La Commission n'a pas établi de distinction entre les cassettes de durée normale et les cassettes de durée spéciale ou encore celles présentant d'autres caractéristiques qui les rendent moins aptes à l'utilisation pour la copie privée, au motif qu'une trop grande spécificité pourrait permettre l'évitement de la redevance.

Le minidisque, le CD-R audio et le CD-RW audio sont assujettis au régime. Même s'ils ne représentent qu'un pour cent du total des ventes, ils visent principalement, sinon exclusivement, les consommateurs qui les achètent dans le but de copier de la musique. Il en est de même du CD-R et du CD-RW, la Commission ayant estimé que quelque deux millions de copies privées ont été faites sur ces supports en 1999, un chiffre qui respecte manifestement la norme du caractère habituel selon l'interprétation qu'en donne la Commission.

La définition de l'expression «support audio vierge» est une définition ouverte. De nouveaux types de support pourront être identifiés au fur et à mesure que les marchés évolueront, si la Commission a la conviction que les consommateurs ont trouvé d'autres façons de faire des copies privées de leurs pièces musicales préférées.

La preuve économique

Une preuve portant sur la nature et la structure de l'industrie des supports audio vierges, les répercussions économiques de la redevance proposée et les répercussions possibles, sur le marché concerné, de l'émergence d'un marché gris ont amené la Commission à conclure que le tarif homologué ne devrait pas avoir d'effet négatif important sur l'industrie.

Les tendances sont diamétralement opposées pour les cassettes audio et les supports numériques. La plupart des foyers canadiens possèdent un magnétophone, mais la demande de cassettes fléchit. En revanche, la faible pénétration des graveurs CD devrait croître rapidement, entraînant avec elle la demande de supports CD enregistrables. La part des autres formes de supports numériques est beaucoup plus faible et le demeurera probablement. La Commission a aussi pris acte d'une preuve anecdotique quant aux répercussions du téléchargement, à partir de l'Internet, de musique en format MP3 ou d'autres formats semblables.

Le montant de la redevance

Afin d'établir le montant de la redevance, la Commission s'est penchée sur la structure du

tarif, choisi une méthode d'évaluation et procédé à certains rajustements.

Comme on s'attend à ce que les prix de gros des supports baissent, contrairement à la valeur de la propriété intellectuelle sous-jacente, la Commission a d'abord rejeté comme inéquitable un tarif établi sous forme d'un pourcentage de ce prix. Pour la facilité et la simplicité administratives, et pour réduire au minimum le coût de détermination de la redevance à payer, elle a jugé préférable de l'établir à un prix donné pour chaque type de support plutôt qu'en termes d'intervalles de 15 minutes, et d'établir des types différents seulement quand la proportion des supports utilisés pour la copie privée varie de façon importante.

La SCPCP a offert le seul modèle d'évaluation complet, fondé sur la rémunération type qui revient aux titulaires dans le cas de CD préenregistrés. Sous réserve de certains rajustements, la Commission a retenu ce modèle comme point de départ.

La première étape consiste à déterminer la rémunération type des titulaires pour la vente d'un CD préenregistré haut de gamme. La part des auteurs a été établie en fonction du prix actuel des licences et du nombre de pièces gravées sur le disque compact moyen. La part des artistes-interprètes et des producteurs est fondée sur les redevances que touche l'interprète qui paie le coût d'un enregistrement sonore et demande à une maison de disques de se charger de sa confection et de sa commercialisation.

Dans l'étape suivante, on tient compte du répertoire non admissible, ce qui exige d'établir la part des copies privées utilisant le répertoire admissible (ce qui avait déjà été fait) ainsi que les valeurs relatives pour les trois collèges d'ayants droit. Les seconds chiffres ont été établis en se fondant sur le ratio de la rémunération reçue par les auteurs d'une part, et les artistes-interprètes et producteurs d'autre part, puis en répartissant également entre ces derniers la part combinée qui leur est attribuable. Les deux ensembles de chiffres permettent alors de calculer la part pondérée des copies privées qui revient à chaque catégorie. La somme de ces parts représente la part pondérée de toutes les copies privées attribuable à l'ensemble du répertoire admissible, les ayants droit non admissibles représentant le reste.

La Commission a ensuite énoncé le principe que la propriété intellectuelle incluse dans les copies privées vaut moins que les redevances payées pour des enregistrements haut de gamme, parce que les consommateurs ne paieraient pas autant pour les droits sous-jacents dans le cas de la copie privée d'un CD qu'ils possèdent déjà et qu'il n'est pas raisonnable de supposer que chaque copie privée entraîne la perte d'une vente. Le marché de l'enregistrement fixe déjà des prix plus bas dans les marchés secondaires comme les clubs de disque et les gammes à prix réduits. La Commission a donc réduit de moitié le prix de substitution.

Enfin, la Commission a procédé à des rajustements pour tenir compte du pourcentage de supports utilisés pour faire de la copie privée et de la différence de prix entre supports numériques et analogiques. Elle ne rajuste pas la redevance pour tenir compte de la durée plus longue des supports audio vierges par rapport aux supports préenregistrés, ni pour tenir compte du fait que certains supports peuvent être réutilisés.

La Commission a établi la redevance applicable aux cassettes audio à partir du taux fixé pour les supports numériques, la diminuant de moitié au motif que les prix de détail et de gros des cassettes préenregistrées haut de gamme sont environ la moitié de ceux des CD. Elle tient ensuite pour acquis que les consommateurs achètent 80 pour cent des cassettes audio et que 80 pour cent des cassettes qu'ils achètent servent à copier des enregistrements sonores. Puisque les cassettes audio sont réutilisables, il n'est pas nécessaire de tenir compte des pertes. Il en est

résulté un tarif de 23,3 ¢ pour les cassettes. Des calculs similaires ont mené à un tarif de 60,8 ¢ pour les CD-R audio, les CD-RW audio et les minidisques et de 5,2 ¢ pour les CD-R et CD-RW. En se fondant sur les chiffres dont elle disposait, la Commission a évalué que la redevance générerait environ 8,85 millions de dollars en 2000, sans tenir compte de l'impact de toute activité du marché gris ni du système proposé d'exonération de la redevance.

Autres questions

La Commission a désigné la SCPCP à titre d'organisme de perception aux fins du tarif. Elle a par ailleurs refusé de prendre acte d'un accord conclu entre les sociétés de gestion et portant sur la répartition des redevances. La formule utilisée pour fixer la redevance est le reflet logique de l'évaluation des trois répertoires et devrait se traduire dans la répartition des redevances. Les auteurs ont droit à 60,8 pour cent, les artistes-interprètes, à 21,5 pour cent et les producteurs, à 17,7 pour cent.

Le système d'exonération de la redevance

Afin d'atténuer les effets de la redevance pour certains groupes, la SCPCP a proposé de conclure des accords autorisant la vente en franchise de la redevance à certaines catégories d'utilisateurs. La Commission a noté que l'existence ou l'absence d'un tel mécanisme accommodant pourrait bien avoir des répercussions sur le montant qui constitue un taux raisonnable. Ainsi, il se pourrait qu'un taux élevé au point de menacer les liens entre un fabricant et les grandes institutions avec lesquelles il fait affaires soit foncièrement déraisonnable, indépendamment de la valeur de l'élément de propriété intellectuelle sous-jacent, à moins que la SCPCP ne trouve une façon d'accommoder le fabricant pour lui permettre de maintenir ce lien. Heureusement, vu le niveau des taux fixés dans la décision, il ne fut pas nécessaire de les examiner sous cet angle.

[NOTE : La CSMA a déposé une requête en révision judiciaire de cette décision le 14 janvier 2000 auprès de la Cour fédérale d'appel.]

TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR INTROUVABLES

L'article 77 de la *Loi* donne à la Commission le pouvoir d'accorder des licences pour autoriser l'utilisation d'œuvres publiées, de fixations de prestations, d'enregistrements sonores publiés ou de la fixation d'un signal de communication lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable. La *Loi* exige cependant des demandeurs de licences qu'ils aient fait des efforts raisonnables pour retracer le titulaire du droit d'auteur. Les licences délivrées par la Commission sont non exclusives et valides seulement au Canada.

En 1999-2000, la Commission a délivré les 11 licences suivantes, pour un total de 79 licences délivrées depuis la création de la Commission en 1989.

- *Ministère de l'Éducation de l'Ontario*, autorisant la reproduction de l'œuvre de Joan Weston *Mr. Gilligan's Goat* dans une anthologie intitulée *The Ontario Curriculum Exemplars: Reading (The "Reading Anthology")*.

- *Regal Recordings Limited*, Mississauga (Ontario), autorisant la reproduction de neuf photographies du pianiste Oscar Peterson sur un cédérom portant sur sa vie.

- *L'Institut canadien de microreproductions historiques*, Ottawa (Ontario) : cet institut est un organisme créé pour localiser, préserver, cataloguer et distribuer sous forme d'imprimés, de microfiches ou de cédéroms, les documents anciens se rattachant à l'histoire et à la civilisation canadiennes. Ses objectifs sont de faciliter l'accès aux documents imprimés, de rendre plus facilement disponibles les documents rares, de consolider les collections qui ont été fragmentées et d'assurer la préservation des documents se rattachant à l'histoire et à la civilisation canadiennes, qu'ils se trouvent au Canada ou ailleurs. Deux licences ont été délivrées : la première autorisant la reproduction de 588 œuvres et la deuxième de 560 œuvres.

- *L'Office national du film du Canada* : deux licences ont été délivrées, la première autorisant la reproduction de l'œuvre de Agathe Martin-Thériault intitulée *Le cinéma direct et ses prolongements* publiée dans la revue *Cinéma Québec* en 1972, dans une brochure accompagnant un coffret de vidéocassettes du film *L'Acadie, l'Acadie?!?* du cinéaste canadien Pierre Perrault; la deuxième autorisant la reproduction et l'incorporation d'une photographie d'un manifestant publiée dans le *Soleil de Québec* le 21 juin 1969, dans un film documentaire intitulé *Mai en décembre*.

- *L'Information Essentielle inc.*, Lachine (Québec), autorisant la reproduction et l'incorporation de deux photographies, trois images de film, un extrait de chanson et une pièce musicale tirée d'un film, dans une série documentaire télévisée intitulée *Histoire d'un Canadien / The Maurice "Rocket" Richard Story*.

- *Donald Rutherford*, Abbotsford, C.-B., autorisant la reproduction de divers articles publiés dans le *Wainwright Star* dans les années 1908 à 1918, dans un livre de référence sur l'histoire de Wainwright (Alberta) durant ces années.

- *Harcourt Brace and Company, Canada*, autorisant la réimpression des œuvres suivantes dans une anthologie de nouvelles pour un cours d'anglais de niveau secondaire : (1) *Barney* de Will Stanton, originalement publiée dans *Fifty Short Science Fiction Tales* en 1951 par MacMillan Publishing; (2) *The Inheritor* de Frank Roberts, originalement publiée dans la revue australienne *Man* en 1963; (3) *The*

Curlew's Cry de J. Leslie Bell, originalement publiée dans *Alberta Bound: Thirty Stories by Alberta Writers*, éditée par Fred Stenson et publiée en 1986 par NeWest Press tel qu'originalement publiée.

- *Les Éditions du Vermillon*, Ottawa (Ontario), autorisant la reproduction d'un extrait d'un article de journal de Roger Cyr intitulé *Jean Duceppe dénonce les sociétés secrètes* paru dans *La Patrie* («La Patente se meurt») en mai 1964, dans le roman *Ottawa, P.Q.* de Jean Taillefer.

- *Les Éditions Triptyque*, Montréal (Québec), autorisant la production et la publication d'une traduction de l'œuvre de Juan Butler intitulée *Cabbagetown Diary: A Documentary* publiée par *Peter Martin Associates Limited* en 1970.

PROCÉDURES D'ARBITRAGE

En vertu de l'article 70.2 de la *Loi*, la Commission a le pouvoir d'établir les droits et modalités afférentes à un régime d'octroi de licences administré par une société de gestion agissant pour le compte des titulaires de droit d'auteur, en cas de mésentente entre cette société et un utilisateur et à la demande de l'un d'eux.

En 1999-2000, la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) a déposé deux demandes en vertu de cette disposition. Le 6 juin 1999, elle demandait que la Commission établisse, à titre provisoire puis définitif, les conditions d'une licence autorisant les maisons de disque membres de l'*Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo* (ADISQ) à reproduire en 1999, 2000 et 2001 les œuvres musicales faisant partie du répertoire de la SODRAC. Le 31 août, la Commission rendait une décision provisoire reprenant les conditions de l'entente antérieure entre les parties. Elle a ensuite émis un échéancier menant à la tenue d'audiences en avril 2000. Le 19 janvier 2000, la Commission rejetait la demande que la SODRAC lui avait adressée visant à modifier les conditions de la licence provisoire, la Commission n'étant pas convaincue que la mesure était nécessaire à la protection des intérêts de la SODRAC. Le 24 février 2000, la Commission faisait droit à une requête conjointe de modification de la licence visant à refléter une entente intervenue entre les parties et la suspension des procédures jusqu'au 11 août 2000 afin de permettre la poursuite de négociations.

Le 31 août 1999, la SODRAC demandait que la Commission établisse, à titre provisoire puis définitif, les conditions d'une licence autorisant MusiquePlus inc. et ses services *Musimax* et *MusiquePlus* à reproduire entre le premier septembre 1999 et le 31 août 2002 les œuvres musicales faisant partie du répertoire de la SODRAC. La Commission a rendu une décision provisoire le 22 novembre 1999 et émis en décembre 1999 un échéancier menant à la tenue d'audiences en mai 2000.

JUGEMENTS DES TRIBUNAUX

En juin 1999, certains opposants au tarif pour la copie privée demandaient à la Cour d'appel fédérale de mettre fin aux procédures devant la Commission, soutenant que celle-ci n'avait pas compétence pour connaître l'affaire, entre autres pour des motifs d'invalidité du régime de copie privée en tant que loi relative au droit d'auteur et en tant que loi fiscale et parce qu'il contrevenait à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le 30 juin, la Cour décidait que la demande était valablement introduite devant elle. Le 18 août, elle rejetait la demande.

La Cour a conclu que s'agissant d'une affaire dans laquelle l'autorité d'un organisme chargé de l'application de la loi faisait l'objet d'une attaque fondée sur la Constitution, il fallait prendre en compte les intérêts du public tout autant que ceux des plaideurs privés. La Cour n'a eu guère de mal à conclure que la prépondérance des inconvénients qui oblige à prendre en considération le préjudice irréparable jouait en faveur de l'intérêt public. Elle a aussi tenu compte du fait que les demanderesses auraient pu agir plus tôt et de l'intention arrêtée de la Commission d'examiner toute question constitutionnelle qui lui serait soumise ajoutant, tout en refusant de trancher cette question, que de puissants arguments d'ordre juridique et pratique militaient en faveur de laisser à la Commission le soin de disposer de ces questions en première instance.

ENTENTES DÉPOSÉES AUPRÈS DE LA COMMISSION

La *Loi* permet à une société de gestion et à un utilisateur de conclure des ententes portant sur les droits et modalités afférentes pour l'utilisation du répertoire de la société. L'article 70.5 de la *Loi* prévoit par ailleurs que si l'entente est déposée auprès de la Commission dans les quinze jours suivant sa conclusion, les parties ne peuvent être poursuivies aux termes de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. La même disposition prévoit par ailleurs que le Commissaire de la concurrence nommé au titre de cette loi peut avoir accès aux ententes ainsi déposées. Si ce dernier estime qu'une entente est contraire à l'intérêt public, il peut demander à la Commission de l'examiner. La Commission fixe alors les droits et les modalités afférentes.

Durant l'exercice financier 1999-2000, 489 ententes ont été déposées à la Commission, pour un total de 2 526 ententes déposées depuis sa création en 1989.

La *Canadian Copyright Copyright Licensing Agency* (CANCOPY), qui gère les droits de reproduction, telle que la photocopie, au nom d'auteurs, éditeurs et autres créateurs, a déposé 446 ententes autorisant diverses institutions et entreprises, par voie de licence, à faire des copies des œuvres publiées inscrites dans son répertoire. Parmi ces ententes, il y a celles conclues avec certains ministères de l'éducation et gouvernements provinciaux, bibliothèques municipales, compagnies, organismes à but non lucratif et centres de photocopie.

Quant à l'Agence pour les licences de reproduction audiovisuelle (AVLA), qui est une société de perception de droits d'auteur pour le compte de propriétaires d'enregistrements originaux de musique et de musique sur vidéocassettes, elle a déposé 30 ententes.

La Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) a déposé 12 ententes. COPIBEC est la société de gestion collective qui autorise, au Québec, la reproduction des œuvres des titulaires de droits québécois, canadiens (par le biais d'une entente de réciprocité avec CANCOPY) et étrangers. COPIBEC a été fondée en 1997 par l'Union des écrivaines et écrivains québécois (UNEQ) et l'Association nationale des éditeurs de livres (ANEL).

Enfin, l'*Association québécoise des auteurs dramatiques* (AQAD), société a but non lucratif qui a pour mission de défendre les droits et les intérêts moraux, sociaux, économiques et professionnels des auteurs dramatiques, des librettistes, des adaptateurs et des traducteurs francophones, québécois et canadiens, a déposé une entente. Cette entente intervenue avec le ministère de l'éducation du Québec, est gérée par la *Société québécoise des auteurs dramatiques* (SOQAD) qui a été fondée par l'AQAD dans le but de verser aux titulaires de droits dont les œuvres sont jouées dans les établissements d'enseignement publics et privés des niveaux préscolaire, primaire et secondaire, les sommes prévues à cette fin dans l'entente financière liant le ministère de l'Éducation et l'AQAD. Il est important de préciser que cette entente ne s'applique pas aux représentations d'œuvres dramatiques du répertoire de la *Société des auteurs et compositeurs dramatiques* (SACD).